

﴿ صورة ما وجد على النسخة المطبوعة بمدينة فاس
التي صار اعتماد تصحيح نسختنا عليها ﴾

وقباجاد بطبعه وإشاعته ، والاتفاق عليه قصد العموم نفعه وإذاعته ،
سيدنا أمير المؤمنين ، ناصر الملة والدين : إمام المرتضى ، والحسام
المنتضى ، حسنة الأيام ، وقرّة عين المسامين والاسلام ، نحر العاماء
الاعلام ، حامل لواء شريعة جده عليه السلام ، قطب رضى العلوم ،
وراق ذروة مجدها العلوم ، الشهير الاقدام والشجاعة ، فى ميادين
كفاة البلاغة والبراعة ، الامام المؤيد بسطوة مولانا القوى الحفيظ ،
عالم السلاطين وسلاطان العلماء مولانا (عبد الحفيظ) حرس الله عنايته ،
وحفظ مجادته وسعادته ، وأدام وجوده ، ونصر على الاعداء جنوده ،
آمين

(طبع بمطبعة شركة)

دار الكتب العلمية

﴿ على نفقة أصحابها ﴾

﴿ مصطفى البابى الحلبي وأخويه بكرى وعيسى ﴾

(بمصر)

مصحفة	مصحفة
١٤ المسئلة السابعة فأما نواقض هذه الطهارة الخ	٢ خطبة الكتاب
الباب الثالث في المياه	٤ (كتاب الطهارة من الحدث)
المسئلة الاولى اختلفوا في الماء اذا خالطته نجاسة الخ	٥ (كتاب الوضوء)
١٦ المسئلة الثانية الماء الذي خالطه زعفران الخ	الباب الأول فأما الدليل على وجوبه الخ
١٧ المسئلة الثالثة الماء المستعمل في الطهارة الخ	الباب الثاني وأما معرفة فعل الوضوء الخ
المسئلة الرابعة اتفق العلماء على طهارة أسائر المسلمين وبهجة الانعام الخ	المسئلة الأولى من الشروط في النية
١٩ المسئلة الخامسة اختلف العلماء في أسائر الطهر الخ	٦ المسئلة الثانية من الأحكام في غسل اليد قبل ادخالها في الاناء
٢٠ المسئلة السادسة صار أبو حنيفة الى اجازة الوضوء بنييد النحر في السفر الخ	٦ المسئلة الثالثة من الأركان في المضمضة والاستنشاق
الباب الرابع في نواقض الوضوء	٧ المسئلة الرابعة من تحديد المحال
المسئلة الاولى اختلف علماء الامصار في انتقاض الوضوء مما يخرج من الجسد من النجس الخ	المسئلة الخامسة من التحديد
٢١ المسئلة الثانية اختلف العلماء في النوم على ثلاثة مذاهب	المسئلة السادسة من التحديد
٢٢ المسئلة الثالثة اختلف العلماء في إيجاب الوضوء من لمس النساء باليد الخ	٨ المسئلة السابعة من الأعداد
٢٣ المسئلة الرابعة في مس الذكر اختلف العلماء فيه على ثلاثة مذاهب الخ	المسئلة الثامنة من تعيين المحال
٢٤ المسئلة الخامسة اختلف الصلوات الاولى في إيجاب الوضوء من كل مامسته النار الخ	٩ المسئلة التاسعة من الأركان
المسئلة السادسة ذهب أبو حنيفة فأوجب الوضوء من الضحك في الصلاة الخ	المسئلة العاشرة من الصفات
المسئلة السابعة شذ قوم فأوجبوا الوضوء من جل الميت الخ	١٠ المسئلة الحادية عشرة من الشروط
	اختلفوا في وجوب ترتيب أفعال الوضوء الخ
	١١ المسئلة الثانية عشرة من الشروط اختلفوا في الموالاة وما يتعلق بهذا الباب المسح على الخفين
	المسئلة الاولى في جواز المسح على الخفين
	١٢ المسئلة الثانية في تحديد المحل
	المسئلة الثالثة وأما نوع محل المسح
	المسئلة الرابعة وأما صفة الخف
	١٣ المسئلة الخامسة وأما التوقيت الخ
	المسئلة السادسة وأما شرط المسح على الخفين

٢٥ الباب الخامس وهو معرفة الافعال التي

تشرط هذه الطهارة في فعلها

المسئلة الاولى هل هذه الطهارة شرط في مس

المصحف أم لا

المسئلة الثانية اختلف الناس في ايجاب

الوضوء على الجنب الخ

٢٦ المسئلة الثالثة ذهب مالك والشافعي الى

اشتراط الوضوء في الطواف

المسئلة الرابعة ذهب الجمهور الى أنه يجوز لغير

متوضئ أن يقرأ القرآن ويذكر الله الخ

(كتاب الغسل)

الباب الأول وفيه أربع مسائل

المسئلة الأولى اختلف العلماء هل من شرط

هذه الطهارة امرار اليد على جميع الجسد

٢٧ المسئلة الثانية اختلفوا هل من شروط

هذه الطهارة التية أم لا

المسئلة الثالثة اختلفوا في المضمضة

والاستنشاق في هذه الطهارة

المسئلة الرابعة اختلفوا هل من شرط هذه

الطهارة الفور والترتيب أم ليسا من شرطها

٢٨ الباب الثاني في معرفة النواقص لهذه الطهارة

المسئلة الأولى اختلف الصحابة في سبب

ايجاب الطهر من الوطء

المسئلة الثانية اختلف العلماء في الصفة

المعتبرة في كون خروج المني موجبا للطهر

٢٩ الباب الثالث في أحكام هذين الحدين أعني

الجنابة والحيض

المسئلة الأولى اختلف العلماء في دخول

المسجد للجنب الخ

المسئلة الثانية في مس الجنب المصحف ذهب

قوم الى ايجازته وذهب الجمهور الى منعه

المسئلة الثالثة قراءة القرآن للجنب

اختلف الناس في ذلك

٣٠ الباب الأول اتفق المسلمون على أن السماء

التي تخرج من الرحم ثلاثة الخ

الباب الثاني اما معرفة علامات انتقال هذه

السماء بعضها الى بعض الخ

المسئلة الاولى اختلف العلماء في أكثر أيام

الحيض الخ

٣١ المسئلة الثانية ذهب مالك وأصحابه في

الحائض التي تنقطع حيضتها الخ

المسئلة الثالثة اختلفوا في أقبل النفاس

وأكثره الخ

المسئلة الرابعة اختلف الفقهاء هل الدم الذي

تري الحامل هو حيض أم استحاضة الخ

٣٢ المسئلة الخامسة اختلف الفقهاء في الصفرة

والكدرة هل هي حيض أم لا

المسئلة السادسة اختلف الفقهاء في علامة

الطهر الخ

المسئلة السابعة اختلف الفقهاء في

المستحاضة الخ

٣٣ الباب الثالث في معرفة أحكام الحيض

والاستحاضة

٣٤ المسئلة الاولى اختلف الفقهاء في مباشرة

الحائض الخ

المسئلة الثانية اختلفوا في وطء الحائض

في طهرها وقبل الاغتسال الخ

٣٥ المسئلة الثالثة اختلف الفقهاء في الذي يأتي

صحيفة

صحيفة

- ٤٤ الباب السابع اتفق الجمهور على أن الأفعال التي هذه الطهارة شرط في صحتها الخ (كتاب الطهارة من النجس)
الباب الأول في معرفة حكم هذه الطهارة
٤٥ الباب الثاني في أنواع النجاسات
المسئلة الأولى اختلفوا في ميتة الحيوان الذي لادم له
٤٦ المسئلة الثانية وكما اختلفوا في أنواع الميتات كذلك اختلفوا في أجزاء ما اتفقوا عليه الخ
المسئلة الثالثة اختلفوا في الاتفاح بجلود الميتة
٤٧ المسئلة الرابعة اتفق العلماء على أن دم الحيوان البري نجس
المسئلة الخامسة اتفق العلماء على نجاسة بول ابن آدم وجميعه
٤٨ المسئلة السادسة اختلف الناس في قليل النجاسات
المسئلة السابعة اختلفوا في الميت هل هو نجس أم لا
٤٩ الباب الثالث أما المحال التي تزال عنها النجاسات فثلاثة
الباب الرابع في الشيء التي به تزال النجاسة
٥٠ الباب الخامس في الصفة التي بها تزول
٥١ الباب السادس في آداب الاستنجاء ودخول الخلاء
٥٢ (كتاب الصلاة) وفيه مسائل
٥٣ المسئلة الأولى في وجوبها من الكتاب والسنة والاجماع
المسئلة الثانية في عدد الواجب منها

- أمراته وهي حائض الخ
المسئلة الرابعة اختلف العلماء في المستحاضة الخ
٣٨ المسئلة الخامسة اختلف العلماء في جواز وطء المستحاضة الخ
(كتاب التيمم)
الباب الأول اتفق العلماء على أن هذه الطهارة هي بدل من الطهارة الصغرى
٣٩ الباب الثاني فمين يجوز له هذه الطهارة الخ
٤٠ الباب الثالث في معرفة شروط هذه الطهارة الخ
المسئلة الأولى اتفق الجمهور على أن النية فيها شرط
المسئلة الثانية في أن مالكا اشترط الطلب
المسئلة الثالثة في اشتراط دخول الوقت
٤١ الباب الرابع في صفة هذه الطهارة وفيه ثلاث مسائل
المسئلة الأولى اختلف الفقهاء في حد الإيدى الخ
المسئلة الثانية اختلف العلماء في عدد الضربات على الصعيد الخ
٤٢ المسئلة الثالثة اختلف الشافعي مع مالك وأبي حنيفة في إيصال التراب إلى أعضاء التيمم الخ
الباب الخامس فيما تصنع به هذه الطهارة الخ
٤٣ الباب السادس وأما نواقض هذه الطهارة الخ وفيه مسائل
المسئلة الأولى فذهب مالك فيها الخ
المسئلة الثانية فإن الجمهور ذهبوا إلى أن وجود الماء ينقضها الخ

- المسئلة الثالثة تجب على المسلم البالغ الخ
المسئلة الرابعة في الواجب على من تركها
عما الخ
٥٤ الجلة الثانية في الشروط
الباب الاول وفيه فصلان
الفصل الاول في الاوقات الموسعة والمختارة
المسئلة الاولى اتفقوا على أن أول وقت
الظهر الخ
٥٥ المسئلة الثانية اختلفوا من صلاة العصر
في موضعين
٥٦ المسئلة الثالثة اختلفوا في وقت المغرب
المسئلة الرابعة اختلفوا في وقت العشاء
الآخرة في موضعين
٥٧ المسئلة الخامسة اتفقوا على أن أول وقت
الصبح طلوع الفجر الخ
٥٨ القسم الثاني من الفصل الاول من الباب
الاول وفيه مسائل
المسئلة الاولى اتفق مالك والشافعي الخ
المسئلة الثانية اختلف مالك والشافعي في
آخر الوقت المشترك بين الظهرين الخ
٥٩ المسئلة الثالثة وأما هذه الاوقات أعنى أوقات
الضرورة الخ
٦٠ الفصل الثاني من الباب الاول في الاوقات
المنهى عن الصلاة فيها
المسئلة الاولى اتفق العلماء على أن ثلاثة من
الاقوات منهى عن الصلاة فيها
٦١ المسئلة الثانية اختلف العلماء في الصلاة التي
لا تجوز في هذه الاوقات
٦٢ الباب الثاني في معرفة الأذان والاقامة
- الفصل الاول وفيه أقسام
القسم الاول في صفة الاذان
٦٣ القسم الثاني في حكم الاذان
القسم الثالث في وقت الاذان
٦٤ القسم الرابع في شروط الاذان
القسم الخامس فيما يقوله السامع للؤذن
٦٥ الفصل الثاني في الاقامة
الباب الثالث في القبلة
٦٦ المسئلة الثانية هل فرض المجتهد في القبلة
الاصابة والاجتهاد
٦٧ الباب الرابع وفيه فصلان
الفصل الاول اتفق العلماء على أن ستر
العورة فرض
المسئلة الثانية في حد العورة من الرجل
المسئلة الثالثة في حد العورة في المرأة
٦٨ الفصل الثاني فيما يجزى من اللباس
في الصلاة
الباب الخامس في الطهارة من النجس
٦٩ الباب السادس في المواضع التي يصلى فيها
الباب السابع في التروك المشترطة في
الصلاة
٧٠ الباب الثامن في النية
٧١ الجلة الثالثة من كتاب الصلاة في معرفة
ما تشتمل عليه من الاقوال والافعال
الباب الاول وفيه فصلان الفصل الاول
وفيهِ تسع مسائل
المسئلة الاولى اختلف العلماء في التكبير الخ
٧٢ المسئلة الثانية قال مالك لا يجزى من لفظ
التكبير الا الله أكبر

المسئلة الثالثة ذهب قوم الى أن التوجيه
في الصلاة واجب الخ

المسئلة الرابعة اختلفوا في قراءة بسم الله
الرحمن الرحيم في افتتاح القراءة في
الصلاة الخ

٧٣ المسئلة الخامسة اتفق العلماء على أنه لا تجوز
الصلاة بغير قراءة الخ

٧٥ المسئلة السادسة اتفق الجمهور على منع
قراءة القرآن في الركوع والسجود

٧٦ المسئلة السابعة اختلفوا في وجوب التشهد
المسئلة الثامنة اختلفوا في التسليم من
الصلاة

٧٧ المسئلة التاسعة اختلفوا في القنوت
٧٨ الفصل الثاني في الافعال التي هي أركان وفيه
ثمان مسائل

المسئلة الاولى اختلف العلماء في رفع اليدين
في الصلاة

٧٩ المسئلة الثانية ذهب أبو حنيفة الى أن
الاعتدال من الركوع وفي الركوع غير
واجب

المسئلة الثالثة اختلف الفقهاء في هيئة
الجلوس

٨٠ المسئلة الرابعة اختلف العلماء في الجلسة
الوسطى والاخيرة

المسئلة الخامسة اختلف العلماء في وضع
اليدين احدهما على الاخرى في الصلاة

المسئلة السادسة اختلفوا في اذا كان الرجل
في وتر من صلاته أن لا ينهض حتى يستوى
قاعد الخ

٨١ المسئلة السابعة اتفق العلماء على أن
السجود يكون على سبعة أعضاء

٨٢ المسئلة الثامنة اتفق العلماء على كراهية
الاقعاء في الصلاة

الباب الثاني وفيه فصول سبعة

الفصل الاول وفيه مستلثان

المسئلة الاولى هل صلاة الجأعة سنة
أو فرض على الكفاية

٨٣ المسئلة الثانية اذا دخل الرجل المسجد وقد
صلى هل يجب عليه أن يصل مع الجماعة أم لا

٨٤ الفصل الثاني وفيه مسائل أربع
المسئلة الاولى اختلفوا فيمن أولى بالامامة

المسئلة الثانية اختلف الناس في امامة الصبي

٨٥ المسئلة الثالثة اختلفوا في امامة الفاسق
المسئلة الرابعة اختلفوا في امامة المرأة

٨٧ الفصل الثالث في مقام المأموم من الامام
وأحكام المأموم الخاصة به وفيه خمس مسائل

المسئلة الاولى جمهور العلماء على أن سنة

الواحد المنفرد أن يقوم عن يمين الامام

المسئلة الثانية أجمع العلماء على أن الصف
الأول مرغ فيه

المسئلة الثالثة اختلف الصدر الأول في

الرجل يريد الصلاة فيسمع الاقامة هل

يسرع المشي الى المسجد

٨٨ المسئلة الرابعة متى يستحب أن يقام الى
الصلاة

المسئلة الخامسة ذهب مالك وكثير من

العلماء الى أن الداخل وراء الامام اذا خلف

فوات الركعة بأن يرفع الامام رأسه منها

صحيحة	صحيحة
٩٧ الباب الرابع في صلاة السفر وفيه فصلان الفصل الأول في القصر	ان تمادى حتى يصل الى الصف الاول ان له أن يركع
١٠٠ الفصل الثاني في الجمع وفيه ثلاث مسائل المسئلة الاولى في جوازه	الفصل الرابع في معرفة ما يجب على المأموم أن يتبع فيه الامام
١٠١ المسئلة الثانية في صفة الجمع المسئلة الثالثة في مبيحات الجمع	٨٩ المسئلة الثانية في صلاة القائم خلف القاعد ٩٠ الفصل الخامس في صفة الاتباع
١٠٢ الباب الخامس في صلاة الخوف	الفصل السادس اتفقوا على أنه لا يحمل الامام عن المأموم شيئاً من فرض الصلاة ماعد القراءه
١٠٤ الباب السادس من الجلة الثالثة في صلاة المريض	٩١ الفصل السابع اتفقوا على أنه اذا طرأ عليه الحدث في الصلاة فقطع ان صلاة المأمومين ليست تفسد الخ
١٠٥ الجلة الرابعة وفيها ثلاثة أبواب الباب الاول في الاسباب التي تقتضي الاعادة وفيه مسائل	الباب الثالث من الجلة الثالثة وفيه أربعة فصول
المسئلة الاولى اتفقوا على أن الحدث يقطع الصلاة الخ	الفصل الأول في وجوب الجمعة ومن تجب عليه الخ
المسئلة الثانية اختلف العلماء هل يقطع الصلاة مريضين بين يدي المصلى اذا صلى لغير ستره ومريضه وبين السترة	٩٢ الفصل الثاني في شروط الجمعة ٩٤ الفصل الثالث في أركان الجمعة
١٠٦ المسئلة الثالثة اختلفوا في النفخ في الصلاة على ثلاثة أقوال	المسئلة الاولى في الخطبة هل هي شرط في صحة الصلاة وركن من أركانها أم لا
المسئلة الرابعة اتفقوا على أن الضحك يقطع الصلاة واختلفوا في التبسم	المسئلة الثانية واختلف الذين قالوا بوجوبها في القصر انجزئ منها
المسئلة الخامسة اختلفوا في صلاة الحاقن	المسئلة الثالثة اختلفوا في الانصات يوم الجمعة والامام يتخطب الخ
المسئلة السادسة اختلفوا في رد سلام المصلى على من سلم	٩٥ المسئلة الرابعة اختلفوا فيمن جاء يوم الجمعة والامام على المنبر
الباب الثاني في القضاء	٩٦ الفصل الرابع في أحكام الجمعة وفيه أربع مسائل
١٠٨ المسئلة الاولى فيما اذا أدرك المأموم الامام قبل أن يرفع رأسه من الركوع وفيها ثلاثة أقوال	المسئلة الاولى اختلفوا في ظهر الجمعة
١٠٩ المسئلة الثانية اذا سها عن اتباع الامام	

في الركوع الخ

١١٠ المسئلة الثانية من المسائل الاولى التي هي

أصول هذا الباب وهل اتيان المأموم

بما فاته من الصلاة مع الامام أداء أو قضاء

١١١ المسئلة الثالثة متى يلزم المأموم حكم صلاة

الامام في الاتباع وفيها مسائل

المسئلة الاولى متى يكون مدر ك الصلاة بالجمعة

١١٢ الباب الثالث من الجلة الرابعة في سجود

السهو وفيه ستة فصول

الفصل الاول اختلفوا في سجود السهو

هل هو فرض أو سنة

الفصل الثاني اختلفوا في مواضع سجود

السهو

١١٤ الفصل الثالث وأما الاقوال والافعال التي

يسجد لها الخ

١١٥ الفصل الرابع في صفة سجود السهو

الفصل الخامس اتفقوا على أن سجود

السهو من سنة المنفرد والامام

١١٦ الفصل السادس اتفقوا على أن السنة لمن

سها في صلاته أن يسجد له الخ

١١٧ (كتاب الصلاة الثاني)

الباب الاول القول في الوتر

١٢٠ الباب الثاني في ركعتي الفجر

١٢٢ الباب الثالث في التوافل

الباب الرابع في ركعتي دخول المسجد

١٢٣ الباب الخامس أجمعوا على أن قيام شهر

رمضان مرغوب فيه الخ

الباب السادس في صلاة الكسوف وفيه

تجس مسائل

المسئلة الاولى ذهب مالك والشافعي

وجهور أهل الحجاز وأحمد أن صلاة

الكسوف ركعتان الخ

١٢٤ المسئلة الثانية اختلفوا في القراءة فيها

١٢٥ المسئلة الثالثة اختلفوا في الوقت الذي

تصلي فيه

المسئلة الرابعة اختلفوا أيضا هل من

شرطها الخطبة بعد الصلاة

المسئلة الخامسة اختلفوا في كسوف

القمر

١٢٦ الباب السابع في صلاة الاستسقاء

١٢٧ الباب الثامن في صلاة العيدين

١٣٠ الباب التاسع في سجود القرآن

١٣٢ (كتاب أحكام الميت)

الباب الاول يستحب ان يلقن الميت

١٣٣ الباب الثاني في غسل الميت وفيه فصول

الفصل الاول في حكم الغسل

الفصل الثاني في الاموات الذين يجب

غسلهم

١٣٤ الفصل الثالث فمن يجوز أن يغسل الميت

١٣٥ الفصل الرابع في صفة الغسل وفيه مسائل

المسئلة الاولى هل يلزم عن الميت قبضه

المسئلة الثانية قال أبو حنيفة لا يوضأ الميت

المسئلة الثالثة اختلفوا في التوقيت

في الغسل

١٣٦ الباب الثالث في الا كفان

١٣٧ الباب الرابع في صفة المشي مع الجنائزة

الباب الخامس في صلاة الجنائزة وفيه

فصول

صحيفة

صحيفة

١٣٨ الفصل الاول في صفة صلاة الجنائزة وفيه

مسائل

المسئلة الاولى اختلفوا في عدد التكبير

في الصدر الاول

المسئلة الثانية اختلف الناس في القراءة

في صلاة الجنائزة

١٣٩ المسئلة الثالثة اختلفوا في التسليم من

الجنائزة

المسئلة الرابعة اختلفوا أين يقوم الامام

من الجنائزة

المسئلة الخامسة اختلفوا في ترتيب جنائز

الرجال والنساء

١٤٠ المسئلة السادسة اختلفوا في الذي يفوته

بعض التكبير على الجنائزة

المسئلة السابعة اختلفوا في الصلاة على القبر

الفصل الثاني فمين يصلي عليه ومن أولى

بالقديم

١٤٢ الفصل الثالث في وقت الصلاة على الجنائزة

الفصل الرابع في مواضع الصلاة

١٤٣ الفصل الخامس في شروط الصلاة على

الجنائزة

الباب السادس في الدفن

١٤٤ (كتاب الزكاة) وفيه خمس جل

الجله الاولى في معرفة من تجب عليه

وفيها مسائل

١٤٥ المسئلة الاولى في زكاة الثمار المحبسة

الاصول

المسئلة الثانية في الارض المستأجرة على

من تجب زكاة ما يخرج منه

١٤٦ ويتعلق بالمالك مسائل

المسئلة الاولى اذا أخرج الزكاة فضاغت

المسئلة الثانية اذا ذهب بعض المال بعد

الوجوب الخ

١٤٧ المسئلة الثالثة اذا مات بعد وجوب الزكاة عليه

الجله الثانية في معرفة ما تجب فيه الزكاة

من الاموال

١٥٠ الجلله الثالثة في معرفة كم تجب ومن كم

تجب وفيها فصول

الفصل الاول في المقدار الذي تجب فيه

الزكاة من الفضة

المسئلة الاولى اختلفوا في نصاب الذهب

١٥١ المسئلة الثانية اختلفوا فيما زاد على

النصاب فيها

المسئلة الثالثة يضم الذهب الى الفضة

في الزكاة أم لا

١٥٢ المسئلة الرابعة عند مالك وأبي حنيفة

ان الشريكين ليس يجب على أحدهما

زكاة حتى يكون لكل واحد منهما نصاب

المسئلة الخامسة اختلفوا في اعتبار

النصاب في المعدن وقدر الواجب فيه

الفصل الثاني في نصاب الابل والواجب فيه

وفيه مسائل

١٥٣ المسئلة الاولى اختلفوا فيما زاد على المائة

وعشرين

المسئلة الثانية اذا عدم السن الواجب

١٥٤ المسئلة الثالثة هل تجب في صغار الابل

الفصل الثالث في نصاب البقر وقدر

الواجب فيه

الفصل الرابع في نصاب الغنم وقدر الواجب

من ذلك

مصحفة	مصحفة
١٥٦ الفصل الخامس في نصاب الحبوب والثمار	١٦٣ الفصل الثاني في صفاتهم التي يستوجبون بها الصدقة
١٥٧ المسئلة الاولى أجمعوا على أن الصنف الواحد من الحبوب والتمر يجمع جيده ورديته وتؤخذ الزكاة عن جميعه	١٦٤ (كتاب زكاة الفطر) وفيه فصول
١٥٨ المسئلة الثانية في تقدير النصاب بالخرص المسئلة الثالثة قال مالك وأبو حنيفة بحسب على الرجل ما كل من ثمره وزرعه قبل الحصاد في النصاب	١٦٥ الفصل الاول في معرفة حكمها
١٥٩ الفصل السادس في نصاب العروض	١٦٦ الفصل الثاني في معرفة من تجب عليه
١٦٠ الجلة الرابعة في وقت الزكاة وفيها مسائل ثمانية	١٦٧ الفصل الثالث كم تجب عليه وبماذا تجب عليه
المسئلة الاولى هل يشترط الحول في المعدن	١٦٨ الفصل الرابع متى تجب عليه
المسئلة الثانية في اعتبار حول ربح المال	١٦٩ الفصل الخامس من تجوز له
١٦١ المسئلة الثالثة حول الفوائد الواردة على مال تجب فيه الزكاة	(كتاب الصيام) وفيه قسمان أحدهما
المسئلة الرابعة في اعتبار حول الدين	في الصوم الواجب والآخر في المنسوب اليه
١٦٢ المسئلة الخامسة في اعتبار حول العروض	١٦٧ الركن الاول وفيه قسمان
المسئلة السادسة في حول فائدة المشية	١٧٠ الركن الثاني وهو الامساك
المسئلة السابعة في حول نسل الغنم	١٧٢ الركن الثالث النية
١٦٣ المسئلة الثامنة في جواز اخراج الزكاة قبل الحول	١٧٣ القسم الثاني من الصوم المفروض وفيه مسائل
الجلة الخامسة فيمن تجب له الصدقة وفيها ثلاثة فصول	المسئلة الاولى في صيام المريض والمسافر
١٦٤ الفصل الاول في عند الاصناف الذين تجب لهم وفيه مستلثان	١٧٤ المسئلة الثانية هل الصوم أفضل أو الفطر
المسئلة الاولى هل يجوز أن تصرف جميع الصدقة الى صنف واحد	المسئلة الثالثة هل الفطر الجائز للمسافر هو في سفر محدود أو غير محدود
المسئلة الثانية هل المؤلفة قلوبهم حقهم	١٧٥ المسئلة الرابعة متى فطر المسافر ومتى بمسك
باق الى اليوم أم لا	المسئلة الخامسة هل يجوز للصائم في رمضان أن ينشئ سفرا ثم لا يصوم فيه
	١٧٦ ويتعلق بقضاء المسافر والمريض مسائل
	المسئلة الاولى بعضهم أوجب أن يكون القضاء متباعا على صفة الأداء
	١٧٨ المسئلة الثانية اذا جامع ناسيا فصوله
	١٧٩ المسئلة الثالثة اختلفوا في وجوب الكفارة على المرأة اذا طأ زوجته على الجماع

صفحة	صفحة
٢٠٣ القول في السعي بين الصفا والمروة وحكمه وشروطه وترتيبه	المسئلة الرابعة هل هذه الكفارة مرتبة أو على التحخير
القول في حكمه	١٨٠ المسئلة الخامسة اختلفوا في مقدار الاطعام
القول في صفته	المسئلة السادسة في تكرار الكفارة
٢٠٤ القول في شروطه	بتكرار الاقطار
القول في ترتيبه	المسئلة السابعة هل يجب عليه الاطعام اذا
اخرجه الى عرفة	أيسر وكان معسرا في وقت الوجوب
الوقوف بعرفة وحكمه وصفته وشروطه	١٨١ (كتاب الصيام الثاني) وهو المندوب اليه
٢٠٥ القول في شروطه	١٨٤ (كتاب الاعتكاف)
٢٠٦ القول في أفعال المزدلفة	١٨٧ (كتاب الحج) ووجوبه وشروطه وفيه
القول في رمي الجمار	ثلاثة اجناس
٢٠٨ القول في الجنس الثالث	الجنس الاول يشقل على شيئين معرفة
القول في الاحصار	الوجوب وشروطه وعلى من يجب ومتى
٢١١ القول في أحكام جزاء الصيد	يجب
٢١٥ القول في فدية الاذى وحكم الخالق رأسه	٢٩٠ القول في الجنس الثاني وهو تعرف افعال
قبل محل الخلق الخ	هذه العبادة
٢١٧ القول في كفارة المقتنع	١٩١ القول في شروط الاحرام
٢٢٠ القول في الكفارات المسكوت عنها	١٩٢ القول في ميقات الزمان
٢٢١ القول في الهدى	القول فيما يمنع الاحرام في التروك
٢٢٤ (كتاب الجهاد) ومعرفة أركانه وأحكام	١٩٥ القول في أنواع هذا النسك
أموال المحاربين وفيه جلتان	١٩٦ القول في شرح أنواع هذا المناسك
الجملة الاولى في معرفة أركان الحرب وفيها	القول في التمتع
سبع فصول	١٩٧ القول في القارن
الفصل الاول في معرفة حكم هذه الوظيفة	١٩٨ القول في الاحرام
ولن نأتم	٢٠٠ القول في الطواف بالبيت وصفته وشروطه
٢٢٥ الفصل الثاني في معرفة الذين يحاربون	وحكمه الخ
الفصل الثالث فيما يجوز من النكاح	القول في الصفة
في العدو	٢٠١ القول في شروطه
٢٢٨ الفصل الرابع في معرفة شروط الحرب	٢٠٢ القول في أعداده وأحكامه

الفصل الخامس في معرفة العدد الذين

لا يجوز الفرار عنهم

الفصل السادس هل يجوز المهادة

٢٢٩ الفصل السابع لماذا يحاربون

٢٣٠ الجلة الثانية وفيها سبعة فصول

الفصل الاول في حكم الخس في القسمة

٢٣١ الفصل الثاني في حكم الاربعة الاخماس

٢٣٢ الفصل الثالث في حكم الاثقال وفيه مسائل

المسئلة الاولى قوم قالوا يكون من الخس

الواجب لبيت المال

٢٣٤ المسئلة الثانية في مقدار ما للامام أن ينفل

من ذلك

المسئلة الثالثة هل يجوز الوعد بالتنفيل

قبل الحرب أم لا

المسئلة الرابعة هل يجب سلب المقتول

للقاتل أو ليس يجب

الفصل الرابع في أموال المسلمين التي

تسترد من أيدي الكفار

٢٣٦ الفصل الخامس اختلفوا فيما افتتح

المسلمون من الارض عنوة

٢٣٧ الفصل السادس في قسمة النية

٢٣٨ الفصل السابع في الجزية وحكمها وقصرها

وعمن تؤخذ وفيما تصرف فيه ست

مسائل الخ

المسئلة الاولى فمن يجوز أخذ الجزية منه

المسئلة الثانية على أي الاصناف منهم

يجب الجزية

المسئلة الثالثة كم الواجب

٢٣٩ المسئلة الرابعة متى يجب ومتى تسقط

المسئلة الخامسة كم أصناف الجزية

٢٤٠ المسئلة السادسة فيماذا تصرف الجزية

(كتاب الايمان) وضروبها وأحكامها

ومابرفعها وفيه جلتان

الجلة الاولى في معرفة ضروب الايمان

وفيها ثلاثة فصول

الفصل الاول في معرفة الايمان المباحة

وتمييزها من غير المباحة

٢٤١ الفصل الثاني في معرفة الايمان اللغوية

والمعتقدة

الفصل الثالث في معرفة الايمان التي

ترفعها الكفارة والتي لا ترفعها وفيه

أربع مسائل

المسئلة الاولى اختلفوا في الايمان بالله

المنعقدة

٢٤٢ المسئلة الثانية اختلف العلماء فيمن قال

أنا كافر

المسئلة الثالثة اتفق الجمهور في الايمان التي

ليست اقساماً بشئ الخ

٢٤٣ المسئلة الرابعة اختلفوا في قول القاتل

أقسم أو أشهد

الجلة الثانية وفيها قسمان

القسم الاول وفيه فصلان

الفصل الاول في شروط الاستثناء المؤثر

في اليقين وفيه مسائل

المسئلة الاولى في اشتراط اتصاله بالقسم

٢٤٤ المسئلة الثانية هل تنفع النية الحادثة

في الاستثناء بعد انقضاء اليقين

الفصل الثاني من القسم الاول

صحيفة

صحيفة

٢٤٨ (كتاب النذور) وأصنافها وما يلزم منها
وفيه ثلاثة فصول

الفصل الاول في أصناف النذور

٢٤٩ الفصل الثاني فيما يلزم من النذور وما لا يلزم
وجله أحكامها وفيه مسئلتان

المسئلة الاولى اختلفوا فيمن نذر معصية
المسئلة الثانية اختلفوا فيمن حرم على

نفسه شيئا من المباحات

الفصل الثالث في معرفة الشيء الذي يلزم
عنها أحكامها وفيه مسائل

المسئلة الاولى اختلفوا في الواجب في النذر
المطلق

المسئلة الثانية اتفقوا على لزوم النذر
بالمشي الى بيت الله

٢٥١ المسئلة الثالثة اختلفوا بعد اتفاقهم على

لزوم المشي في حج أو عمرة فيمن نذر أن

يمشي الى مسجد النبي صلى الله عليه وسلم

المسئلة الرابعة اختلفوا في الواجب على من

نذر أن يشحرا بنه في مقام ابراهيم

٢٥٢ المسئلة الخامسة اتفقوا على أن من نذر

أن يجعل ماله كله في سبيل الله أو في سبيل

من سبيل البر أنه يلزمه الخ

٢٥٣ (كتاب الضحايا) وحكمها ومن

المخاطب بها وفيه أربعة أبواب

الباب الاول في حكم الضحايا ومن

المخاطب بها

الباب الثاني في أنواع الضحايا وصفاتها

وعدها وفيه مسائل

المسئلة الاولى أجمع العلماء على جواز

القسم الثاني من الجلة الثانية وفيه فصول

الفصل الاول في موجب الحنث وشروطه

وأحكامه وفيه مسائل

٢٤٥ المسئلة الاولى مالك يرى الساهي والمكره
بمنزلة العامد

المسئلة الثانية مثل أن يحلف أن لا يفعل
شيئا ففعل بعضه

المسئلة الثالثة مثل أن يحلف على شيء بعينه

يفهم منه القصد الى معنى أعم من ذلك الشيء

المسئلة الرابعة اتفقوا على أن اليمين على

نية المستحلف في السعوى

٢٤٦ الفصل الثاني اتفقوا على أن الكفارة

في الايمان هي الاربعة الانواع التي ذكر

الله في كتابه في قوله تعالى فكفارته الآية

وفيه مسائل

المسئلة الاولى في مقدار الاطعام

المسئلة الثانية في الجزى من الكسوة

٢٤٧ المسئلة الثالثة وهي اختلافهم في اشتراط

تتابع الايام الثلاثة في الصيام

المسئلة الرابعة وهي اشتراط العدد

في المساكين

المسئلة الخامسة وهي اشتراط الاسلام

والحرية في المساكين

المسئلة السادسة هل من شرط الرقبة أن

تكون سليمة من العيوب

المسئلة السابعة وهي اشتراط الايمان

في الرقبة

الفصل الثالث متى ترفع الكفارة الحنث

وتمحوه

صحيفة

صحيفة

الضحايا من جميع بهجة الانعام
٢٥٤ المسئلة الثانية في تمييز الصفات وانه أجمع
على اجتناب العرجاء

٢٥٥ المسئلة الثالثة في معرفة السن المشترط

٢٥٦ المسئلة الرابعة في عدد ما يجزئ من الضحايا

الباب الثالث يتعلق بالذبح المختص بالضحايا

المسئلة الاولى في ابتدائه

المسئلة الثانية في انتهائه

٢٥٨ المسئلة الثالثة اختلافهم في الليالي التي

تدخل أيام النحر

الباب الرابع في أحكام لحوم الضحايا

٢٥٩ (كتاب الذبائح) وفيه خمسة أبواب

الباب الاول في معرفة محل الذبح والنحر

وفيه مسائل

المسئلة الاولى في المنخضة والموقودة

والمتردية والطبيعة وما كل السبع

٢٦٠ المسئلة الثانية في تأثير الذكاة في الحيوان

المحرم الاكل

المسئلة الثالثة في تأثير الذكاة في المريضة

٢٦١ المسئلة الرابعة هل ذكاة الجنين ذكاة

أمعاًم لا

المسئلة الخامسة هل للجراذ ذكاة أم لا

المسئلة السادسة هل للحيوان الذي

يأوى في البرتارة وفي البحر تارة ذكاة أم لا

٢٦٢ الباب الثاني في الذكاة وفيه مستلثان

المسئلة الاولى في أنواع الذكاة المختصة

بصنف صنف من بهجة الانعام

المسئلة الثانية في صفة الذكاة وفيها مسائل

المسئلة الاولى المشهور عن مالك في ذلك

هو قطع الودجين والحلقوم

المسئلة الثانية يشترط قطع الحلقوم

أو المرئ

٢٦٣ المسئلة الثالثة في موضع القطع

المسئلة الرابعة وهي ان قطع أعضاء الذكاة

من ناحية العنق لا يجوز

المسئلة الخامسة في تمدد الذابح بالذبح

حتى يقطع النخاع

المسئلة السادسة هل من شرط الذكاة أن

تكون في فور واحد

الباب الثالث فيما تكون به الذكاة

٢٦٤ الباب الرابع في شروط الذكاة وفيه ثلاث

مسائل

المسئلة الاولى في اشتراط التسمية

المسئلة الثانية في استقبال القبلة بالذبيحة

المسئلة الثالثة في اشتراط النية

الباب الخامس فمين تجوز ذكته ومن

لا تجوز وفيه مسائل

المسئلة الاولى في ذبائح أهل الكتاب

المسئلة الثانية في ذبائح نصارى بني تغلب

والمتردين

٢٦٥ المسئلة الثالثة اذالم يعلم ان أهل الكتاب

سموا على الذبيحة

٢٦٦ (كتاب الصيد) وفيه أربعة أبواب

الباب الاول في حكم الصيد وفي محل الصيد

٢٦٨ الباب الثاني فيما يكون الصيد

٢٧٠ الباب الثالث في معرفة الذكاة المختصة

بالصيد وشروطها

٢٧٢ الباب الرابع فمين يجوز صيده

مصحفة	مصحفة
الانسي	٢٧٣ (كتاب العقيدة)
المسئلة الثالثة اختلفوا في الحيوان	٢٧٤ (كتاب الاطعمة والاشربة) وفيه
المأمور بقتله في الحرم	جلتان
مسئلة في جواز الانقباض في الاسقية	الجملة الاولى نذكر فيها المحرمات في حال
٢٨٠	الاختيار وفيها مسائل
مسئلة في انتباذ الخليطين	٢٧٦ المسئلة الاولى في السباع ذوات الاربع
٢٨١	المسئلة الثانية اختلفوا في ذوات الحافر
الجملة الثانية في استعمال المحرمات	٢٧٧
في حال الاضطرار	

تمت

ترجمة المؤلف منقولاً من الديباج

محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد الشهير بالحفيد من أهل قرطبة وقاضى الجماعة بها يكنى
أبوالوليد روى عن أبيه أبي القاسم استظهر عليه الموطأ حفظاً وأخذ الفقه عن أبي القاسم
ابن بشكوال وأبي مروان بن مسرة وأبي بكر بن سمعون وأبي جعفر بن عبد العزيز وأبي
عبد الله المازرى وأخذ علم الطب عن أبي مروان بن جريول وكانت الدراية أغلب عليه من
الرواية ودرس الفقه والاصول وعلم الكلام ولم ينشأ بالاندلس مثله كالأولاد فضلاً وكان على
شرفه أشد الناس تواضعاً وأخفضهم جناحاً وعنى بالعلم من صغره الى كبره حتى حكى أنه لم يدع النظر
ولا القراءة منذ عقل الاليلة وفاة أبيه وليلة بنائه على أهله وأنه سود فياصنف وقيد وألف وهذب
واختصر نحواً من عشرة آلاف ورقة ومال الى علوم الأوائل وكانت له فيها الامامة دون أهل عصره
وكان يفرغ الى فتياه في الطب كما يفرغ الى فتياه في الفقه مع الحظ الوافر من الاعراب والآداب
والحكمة حكى عنه أنه كان يحفظ شعر المتنبي وحيب وله تأليف جليلة الفائدة منها كتاب بداية المجتهد
ونهاية المقتصد في الفقه (٧) ذكر فيه أسباب الخلاف وعلل وجهه فأدوامت به ولا يعلم في وقته أنفع
منه ولا أحسن سياقا وكتاب الكليات في الطب ومختصر المستصفي في الأصول وكتابه في العربية الذي
وسمه بالضرورى وغير ذلك تليف على ستين تأليفاً وجدت سيرته في القضاء بقرطبة وتأنلت له عند
الملوك وجاهة عظيمة ولم يصرفها في ترفيع حال ولا جمع مال انما قصرها على مصالح أهل بلده خاصة
ومنافع أهل الاندلس وحدث وسمع منه أبو بكر بن جهور وأبو محمد بن حوط الله وأبو الحسن
سهل بن مالك وغيرهم وتوفي سنة خمس وتسعين وخمسمائة ومولده سنة عشرين وخمسمائة قبل
وفاة القاضي جده أبي الوليد بن رشد بشهر

(٧) هو هذا الكتاب الذى أبان عن مقدار معرفة الرجل بالشريعة فإنه ذكر فيه أقوال فقهاء
الامة من الصحابة فمن بعدهم مع بيان مستند كل من الكتاب والسنة والقياس مع الترجيح وبيان
الصحيح ففاض في بحر عجاج ملتطم الأمواج واهتدى فيه للسالك ونظم جواهره في صحائف
تلك السالك فرجه الله رجة واسعة

الجزء الاول

من كتاب بداية المجتهد ونهاية المقتصد للشيخ الامام
الحافظ الناقد البحر الزاخر أبي الوليد محمد بن أحمد ابن
الامام الشهيد جامل لواء المذهب وحذامه أبي الوليد
محمد بن أحمد بن رشد القرطبي رحم الله الجميع بمنه وكرمه آمين

طبع هذه النسخة مقابلة على عدة نسخ من أهمها النسخة
التي طبعت بمدينة فاس العليا سنة ١٣٢٧ هجرية على نفقة
مولانا السلطان (السيد عبد الحفيظ) سلطان المغرب الأقصى
حفظه الله

(طبع بمطبعة شركة)

دار الكتب العلمية

على نفقة أصحابها

مصطفى البابي الحلبي وأخوه بكري ومصطفى

(بمصر)

كِتَابُ أَنْزَلْنَاهُ إِلَيْكَ مُبَارَكٌ
لِيَذْكُرُوا آيَاتِهِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

أما بعد حمد الله بجميع محامده والصلاة والسلام على محمد رسوله وآله وأصحابه فان غرضي في هذا الكتاب أن أثبت فيه لنفسى على جهة التذكير من مسائل الأحكام المتفق عليها والمختلف فيها بأدلتها والتنبية على نكت الخلاف فيها مايجرى مجرى الأصول والقواعد لمأسى أن يرد على المجتهد من المسائل المسكوت عنها في الشرع وهذه المسائل في الأكثر هي المسائل المنطوق بها في الشرع أو تتعلق بالمنطوق به تعلقا قريبا وهي المسائل التي وقع الاتفاق عليها أو اشتهر الخلاف فيها بين الفقهاء الإسلاميين من لدن الصحابة رضي الله عنهم الى أن فشا التقليد وقبل ذلك فلنذكر كم أصناف الطرق التي تتلق منها الأحكام الشرعية وكم أصناف الأحكام الشرعية وكم أصناف الأسباب التي أوجبت الاختلاف بأرجز ما يمكننا في ذلك فنقول ان الطرق التي منها تلقيت الأحكام عن النبي عليه الصلاة والسلام بالجنس ثلاثة اما لفظ واما فعل واما اقرار وأما ما سكت عنه الشارع من الأحكام فقال الجمهور ان طريق الوقوف عليه هو القياس وقال أهل الظاهر القياس في الشرع باطل وما سكت عنه الشارع فلا حكم له ودليل العقل يشهد بنبوته وذلك ان الوقائع بين أشخاص الاناس غير متناهية والنصوص والأفعال والاقراءات متناهية وبحال أن يقابل ما لا يتناهى بما يتناهى وأصناف الألفاظ التي تتلقى منها الأحكام من السمع أربعة ثلاثة متفق عليها ورابع مختلف فيه أما الثلاثة المتفق عليها فللفظ عام يحمل على عومه أو خاص يحمل على خصوصه أو لفظ عام يراد به الخصوص أو لفظ خاص يراد به العموم وفي هذا يدخل التنبيه بالأعلى على الأدنى وبالأدنى على الأعلى وبالمساوى على المساوى فثال الأول قوله تعالى (حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير) فان المسلمين اتفقوا على أن لفظ الخنزير متناول لجميع أصناف الخنازير ما لم يكن مما يقال عليه الاسم بالاشتراك مثل خنزير الماء ومثال العام يراد به الخاص قوله تعالى (خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكهم بها) فان المسلمين اتفقوا على

(٧) في نسخة فاس التنبيه لنفسى بدل أن أثبت

أن ليست الزكاة واجبة في جميع أنواع الأموال ومثال الخاص يراد به العام قوله تعالى (فلا تقل لما
أف) وهو من باب التنبيه بالأدنى على الأعلى فانه يفهم من هذا تحريم الضرب والشتم وما فوق ذلك
وهذه اما أن يأتي المستدعي بها فعله بصيغة الأمر واما أن يأتي بصيغة الخبر يراد به الأمر وكذلك
المستدعي تركه اما أن يأتي بصيغة النهي واما أن يأتي بصيغة الخبر يراد به النهي واذا أنت هذه الألفاظ
بهذه الصيغ فهل يحمل استدعاء الفعل بها على الوجوب أو على التنبه على ما سيقال في أحد الواجب
والمندوب اليه أو يتوقف حتى يدل الدليل على أحدهما فيه بين العلماء خلاف مذكور في كتب أصول
الفقه وكذلك الحال في صيغ النهي هل تدل على الكراهية أو التحريم أو لا تدل على واحد منهما فيه
اختلاف المذكور أيضا والأعيان التي تتعلق بها الحكم اما أن يدل عليها بلفظ يدل على معنى واحد فقط
وهو الذي يعرف في صناعة أصول الفقه بالنص ولا خلاف في وجوب العمل به واما أن يدل عليها بلفظ
يدل على أكثر من معنى واحد وهذا قسمان اما أن تكون دلالاته على تلك المعاني بالسواء وهو الذي
يعرف في أصول الفقه بالمجمل ولا خلاف في أنه لا يوجب حكما واما أن تكون دلالاته على بعض تلك
المعاني أكثر من بعض وهذا يسمى بالإضافة الى المعاني التي دلالاته عليها أكثر ظاهرا ويسمى بالإضافة
الى المعاني التي دلالاته عليها أقل محتملا واذا ورد مطلقا حل على تلك المعاني التي هو أظهر فيها حتى يقوم
الدليل على حله على المحتمل فيعرض الخلاف للفقهاء في أوائل الشارح لكن ذلك من قبل ثلاثة معان
من قبل الاشتراك في لفظ العين الذي علق به الحكم ومن قبل الاشتراك في الألف واللام المقرونة
بجنس ذلك العين هل أريد بها الكل أو البعض ومن قبل الاشتراك الذي في ألفاظ الأوامر والنواهي
وأما الطريق الرابع فهو أن يفهم من إيجاب الحكم لشيء ما نفي ذلك الحكم عما عدا ذلك الشيء أو من
نفي الحكم عن شيء ما إيجابه لماعدا ذلك الشيء الذي نفي عنه وهو الذي يعرف بدليل الخطاب وهو أصل
مختلف فيه مثل قوله عليه الصلاة والسلام في سائمة الغنم الزكاة فان قوما فهموا منه أن لازكاة في غير
السائمة وأما القياس الشرعي فهو الحاق الحكم الواجب لشيء ما بالشرع بالشيء المسكوت عنه لشبهه بالشيء
الذي أوجب الشرع له ذلك الحكم أو لعللة جامعة بينهما ولذلك كان القياس الشرعي صنفين قياس
شبهه وقياس علة والفرق بين القياس الشرعي واللفظ الخاص يراد به العام ان القياس يكون على
الخاص الذي أريد به الخاص فيلحق به غيره أعني أن المسكوت عنه يلحق بالمنطوق به من جهة الشبه
التي بينهما لا من جهة دلالة اللفظ لان الحاق المسكوت عنه بالمنطوق به من جهة تنبيه اللفظ ليس
بقياس وانما هو من باب دلالة اللفظ وهذا الصنفان يتقاربان جدا لأنهما الحاق مسكوت عنه بمنطوق
به وهما يلتبسان على الفقهاء كثيرا جدا فمثال القياس الحاق شارب الخمر بالقاذف في الحد والصدان
بالنصاب في القطع وأما الحاق الرويات بالفتنات أو بالمطعم من باب الخاص أريد به العام
فتأمل هذا فان فيه غموضا والجنس الأول هو الذي ينبغي للظاهرة أن تنازع فيه وأما الثاني فليس
ينبغي لها أن تنازع فيه لأنه من باب السمع والذي يرد ذلك يرد نوعا من خطاب العرب واما الفعل فانه
عند الأكثر من الطرق التي تتلقى منها الأحكام الشرعية وقال قوم الأفعال ليست تفيد حكما اذا ليس
لها صيغ والذين قالوا انها تتلقى منها الأحكام اختلفوا في نوع الحكم الذي تدل عليه فقال قوم تدل على

الوجوب وقال قوم يدل على التنبه والمختار عند المحققين أنها إن أتت بيانا لمجمل واجب دلت على الوجوب وإن أتت بيانا لمجمل مندوب إليه دلت على التنبه وإن لم تأت بيانا لمجمل فإن كانت من جنس القرينة دلت على التنبه وإن كانت من جنس المباحات دلت على الإباحة وأما الإقرار فإنه يدل على الجواز فهذه أصناف الطرق التي تتلقى منها الأحكام وتستنبط وأما الإجماع فهو مستند إلى أحد هذه الطرق الأربعة لأنه إذا وقع في إحاطتها ولم يكن قطعيا نقل الحكم من غلبة الظن إلى القطع وليس الإجماع أصلا مستقلا بذاته من غير استناده إلى واحد من هذه الطرق لأنه لو كان كذلك لكان يقتضي اثبات شرع زائد بعد النبي صلى الله عليه وسلم إذ كان لا يرجع إلى أصل من الأصول المشروعة وأما المعاني المتداولة المتأدية من هذه الطرق اللفظية للكافرين فهي بالجملة أما أمر بشئ وأما نهى عنه وأما تخيير فيه والأمر إن فهم منه الجزم وتعلق العقاب بتركه سمي واجبا وإن فهم منه الثواب على الفعل واتقى العقاب مع الترك سمي ندبا والندى أيضا إن فهم منه الجزم وتعلق العقاب بالفعل سمي محرما ومحظورا وإن فهم منه الحث على تركه من غير تعلق عقاب بفعله سمي مكروها فتكون أصناف الأحكام الشرعية المتلقاة من هذه الطرق خمسة واجب ومندوب ومحظور ومكروه ومخيريه وهو المباح وأما أسباب الاختلاف بالجنس فسته أحدها تردد الألفاظ بين هذه الطرق الأربع أعني بين أن يكون اللفظ عاما يراد به الخاص وأخصا يراد به العام أو عاما يراد به العام وأخصا يراد به الخاص أو يكون له دليل خطاب أو لا يكون له والثاني الاشتراك الذي في الألفاظ وذلك إما في اللفظ المفرد كلفظ القرء الذي ينطلق على الإطهار وعلى الحيض وكذلك لفظ الأمر هل يحمل على الوجوب أو على التنبه ولفظ النهي هل يحمل على التحريم أو الكراهية وإما في اللفظ المركب مثل قوله تعالى (الا الذين تابوا) فإنه يحتمل أن يعود على الفاسق فقط ويحتمل أن يعود على الفاسق والشاهد فتكون التوبة رافعة للفسق ومحيضة شهادة القاذف والثالث اختلاف الاعراب والرابع تردد اللفظ بين حله على الحقيقة أو حله على نوع من أنواع المجاز التي هي إما الحذف وإما الزيادة وإما التقديم وإما التأخير وإما ترده على الحقيقة أو الاستعارة والخامس اطلاق اللفظ تارة وتقييده تارة مثل اطلاق الرقبة في العتق تارة وتقييدها بالإيمان تارة والسادس التعارض في الشئتين في جميع أصناف الألفاظ التي تتلقى منها الشرع الأحكام بعضها مع بعض وكذلك التعارض الذي يأتي في الأفعال أو في الإقرارات أو تعرض القياسات أنفسها أو التعارض الذي يتركب من هذه الأصناف الثلاثة أعني معارضة القول للفعل أو الإقرار أو للقياس ومعارضة الفعل للإقرار أو للقياس ومعارضة الإقرار للقياس (قال) القاضي رضي الله عنه وإذا قد ذكرنا بالجملة هذه الأشياء فلنشرع فيما قصدنا له مستعينين بالله ولنبدأ من ذلك بكتاب الطهارة على عاداتهم

كتاب الطهارة من الحدث

فنقول إنه اتفق المسلمون على أن الطهارة الشرعية طهارة من الحدث وطهارة من الخبث واتفقوا على أن الطهارة من الحدث ثلاثة أصناف وضوء وغسل وبدل منهما وهو التيمم وذلك لتضمن ذلك آية الوضوء الواردة في ذلك فلنبدأ من ذلك بالقول في الوضوء

﴿ كتاب الوضوء ﴾

فنقول ان القول المحيط بأصول هذه العبادة ينحصر في خمسة أبواب الباب الأول في الدليل على وجوبها وعلى من يجب ومتى يجب الثاني في معرفة أفعالها الثالث في معرفة ما به تفعل وهو الماء الرابع في معرفة نوافضها الخامس في معرفة الأشياء التي تفعل من أجلها

﴿ الباب الأول ﴾

فاما الدليل على وجوبها فالكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا اذا قمتم الى الصلاة فاغسلوا وجوهكم وأيديكم الى المرافق) الآية فإنه اتفق المسلمون على أن امتثال هذا الخطاب واجب على كل من لزمته الصلاة اذا دخل وقتها وأما السنة فقوله عليه الصلاة والسلام لا يقبل الله صلاة بغير طهور ولا صدقة من غاؤل وقوله عليه الصلاة والسلام لا يقبل الله صلاة من أحدث حتى يتوضأ وهذا الحديثان ثابتان عند أئمة النقل وأما الاجماع فإنه لم ينقل عن أحد من المسلمين في ذلك خلاف ولو كان هناك خلاف لنقل اذ العادات تقتضي ذلك وأما من يجب عليه فهو البالغ العاقل وذلك أيضا ثابت بالسنة والاجماع أما السنة فقوله عليه الصلاة والسلام رفع القلم عن ثلاث فقد ذكر الصبي حتى يحتلم والمجنون حتى يفيق وأما الاجماع فإنه لم ينقل في ذلك خلاف واختلف الفقهاء هل من شرط وجوبها الاسلام أم لا وهي مسألة قليلة الغناء في الفقه لانهاراجعة الى الحكم الأخرى وأما متى يجب فاذا دخل وقت الصلاة أو أراد الانسان الفعل الذي الوضوء شرط فيه وإن لم يكن ذلك متعلقا بوقت أما وجوبه عند دخول وقت الصلاة على المحدث فلا خلاف فيه لقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا اذا قمتم الى الصلاة) الآية فأوجب الوضوء عند القيام الى الصلاة ومن شروط الصلاة دخول الوقت وأما دليل وجوبه عند ارادة الأفعال التي هو شرط فيها فسيأتي ذلك عند ذكر الاشياء التي يفعل الوضوء من أجلها واختلاف الناس في ذلك

﴿ الباب الثاني ﴾

وأما معرفة فعل الوضوء فالاصل فيه ماورد من صفته في قوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا اذا قمتم الى الصلاة فاغسلوا وجوهكم وأيديكم الى المرافق وامسحوا برؤسكم وأرجلكم الى الكعبين) وماورد من ذلك أيضا في صفة وضوء النبي صلى الله عليه وسلم في الآثار الثابتة ويتعلق بذلك مسائل اثنتا عشرة مشهورة تجري مجرى الالمات وهي راجعة الى معرفة الشروط والاركان وصفة الأفعال وأعدادها وتعيينها وتحديد محل أنواع أحكام جميع ذلك (المسئلة الاولى من الشروط) اختلف علماء الامصار هل النية شرط في صحة الوضوء أم لا بعد اتفاقهم على اشتراط النية في العبادات لقوله تعالى (وما أمر والى العبد والله تخلصين له الدين) ولقوله صلى الله عليه وسلم انما الاعمال بالنيات الحديث المشهور فذهب فريق منهم الى انها شرط وهو مذهب الشافعي ومالك وأحمد وأبي نوري وداود وذهب فريق آخر الى انها ليست بشرط وهو مذهب أبي حنيفة والثوري وسبب اختلافهم تردد الوضوء بين أن يكون عبادة محضة أعني غير معقولة المعنى وانما يقصد بها القرية فقط كالصلاة وغيرها وبين أن يكون عبادة معقولة المعنى كغسل النجاسة فإنهم لا يختلفون أن العبادة المحضة مفتقرة الى النية والعبادة المفهومة المعنى غير مفتقرة الى النية والوضوء فيه شبه من العبادتين ولذلك وقع الخلاف فيه وذلك أنه يجمع عبادة ونظافة والفقه أن ينظر بأيهما هو أقوى شبها فيلحق به

(المسئلة الثانية من الأحكام) اختلف الفقهاء في غسل اليد قبل ادخالها في اناء الوضوء فذهب قوم الى أنهم من سنن الوضوء باطلاق وان يتيقن طهارة اليد وهو مشهور من ذهب مالك والشافعي وقيل انه مستحب للشاك في طهارة يده وهو ايضا مروى عن مالك وقيل ان غسل اليد واجب على المنتبه من النوم وبه قال داود وأصحابه ورفق قوم بين نوم الليل ونوم النهار فأوجبوا ذلك في نوم الليل ولم يوجبوه في نوم النهار وبه قال أحمد فتحصل في ذلك أربعة أقوال قول انه سنة باطلاق وقول انه استحباب للشاك وقول انه واجب على المنتبه من النوم وقول انه واجب على المنتبه من نوم الليل دون نوم النهار والسبب في اختلافهم في ذلك اختلافهم في مفهوم الثابت من حديث أبي هريرة أنه عليه الصلاة والسلام قال اذا استيقظ أحدكم من نومه فليغسل يده قبل أن يدخلها الاء فان أحدكم لا يدري أين باتت يده وفي بعض رواياته فليغسلها ثلاثا فمن لم يرب بين الزيادة الواردة في هذا الحديث على ما في آية الوضوء معارضة وبين آية الوضوء حل لفظ الأمر ههنا على ظاهره من الوجوب وجعل ذلك فرضا من فروض الوضوء ومن فهم من هؤلاء من لفظ البيات نوم الليل أو جب ذلك من نوم الليل فقط ومن لم يفهم منه ذلك وانما فهم منه النوم فقط أو جب ذلك على كل مستيقظ من النوم نهارا أو ليلا ومن رأى أن بين هذه الزيادة والآية تعارضا اذ كان ظاهر الآية المقصود منه حصر فروض الوضوء كان وجه الجمع بينهما عنده أن يخرج لفظ الأمر عن ظاهره الذي هو الوجوب الى التنب وبمن تأكد عنده هذا التنب لم يثبت عليه الصلاة والسلام على ذلك قال انه من جنس السنن ومن لم يتأكد عنده هذا التنب قال ان ذلك من جنس المنسوبات المستحب وهؤلاء غسل اليدين عندهم بهذه الحال اذ اتيقن طهارتها أعنى من يقول ان ذلك سنة ومن يقول انه نذوب ومن لم يفهم من هؤلاء من هذا الحديث علة توجب عنده أن يكون من باب الخاص أريد به العام كان ذلك عنده مندوبا للمستيقظ من النوم فقط ومن فهم منه علة الشك وجعلهم من باب الخاص أريد به العام كان ذلك عنده للشاك لأنه في معنى التأمم والظاهر من هذا الحديث أنه لم يقصده حكم اليد في الوضوء وانما قصد به حكم الماء الذي يتوضأ به اذ كان الماء مشترطا فيه الطهارة وأما ما نقل من غسله صلى الله عليه وسلم يديه قبل ادخالهما في الاء في أكثر أحيائه في محل أن يكون من حكم اليد على أن يكون غسلها في الابتداء من أفعال الوضوء وبحمل أن يكون من حكم الماء أعنى أن لا ينجس أو يقع فيه شك ان قلنا ان الشك مؤثر (المسئلة الثالثة من الأركان) اختلفوا في المضمضة والاستنشاق في الوضوء على ثلاثة أقوال قول انهما مستان في الوضوء وهو قول مالك والشافعي وأبي حنيفة وقول انهما فرض فيه وبه قال ابن أبي ليلى وجماعة من أصحاب داود وقول ان الاستنشاق فرض والمضمضة سنة وبه قال أبو ثور وأبو عبيد وجماعة من أهل الظاهر وسبب اختلافهم في كونها فرضا أو سنة اختلافهم في السنن الواردة في ذلك هل هي زيادة تقتضي معارضة آية الوضوء ولا تقتضي ذلك فمن رأى أن هذه الزيادة ان حلت على الوجوب اقتضت معارضة الآية اذ المقصود من الآية تأصيل هذا الحكم وتبينه أخرجهما من باب الوجوب الى باب التنب ومن لم يرب أنها تقتضي معارضة حملها على الظاهر من الوجوب ومن استوتبت عنده هذه الاقوال والافعال في حملها على الوجوب لم يفرق بين المضمضة والاستنشاق ومن كان عنده القول بمحولا على الوجوب والفعل محولا على التنب فرق بين المضمضة والاستنشاق وذلك ان المضمضة نقلت من فعله

عليه الصلاة والسلام ولم تنقل من أمره . وأما الاستنساخ فغن أمره عليه الصلاة والسلام وفعله وهو قوله عليه الصلاة والسلام اذ اتوضأ أحدكم فليجعل في أنفه ماء ثم لينثر ومن استجمر فليوتر خرجه مالك في موطنه والبخاري في صحيحه من حديث أبي هريرة (المسئلة الرابعة من تحديد المحال) اتفق العلماء على ان غسل الوجه بالجملة من فرائض الوضوء لقوله تعالى (فاعسلوا وجوهكم) واختلفوا منه في ثلاثة مواضع في غسل البياض الذي بين العذار والاذن وفي غسل ما انسدل من اللحية وفي تحليل اللحية فالمشهور من مذهب مالك أنه ليس البياض الذي بين العذار والاذن من الوجه وقد قيل في المذهب بالفرق بين الأمرد والمتنحي فيكون في المذهب في ذلك ثلاثة أقوال . وقال أبو حنيفة والشافعي هو من الوجه . وأما ما انسدل من اللحية فذهب مالك الى وجوب امرار الماء عليه ولم يوجبه أبو حنيفة ولا الشافعي في أحد قوليه . وسبب اختلافهم في هاتين المسئلتين هو خفاء تناول اسم الوجه هذين الموضعين أعني هل يتناولهما أو لا يتناولهما . وأما تحليل اللحية فذهب مالك أنه ليس واجبا . وبه قال أبو حنيفة والشافعي في الوضوء وأوجبه ابن عبد الحكم من أصحاب مالك . وسبب اختلافهم في ذلك اختلافهم في صحة الآثار التي ورد فيها الأمر بتحليل اللحية والآثار على أنها غير صحيحة مع أن الآثار الصالح التي ورد فيها صفة وضوئه عليه الصلاة والسلام ليس في شيء منها التحليل (المسئلة الخامسة من التحديد) اتفق العلماء على أن غسل اليدين والترابين من فروض الوضوء لقوله تعالى (وأيديكم الى المرافق) واختلفوا في ادخال المرافق فيها فذهب الجمهور مالك والشافعي وأبو حنيفة الى وجوب ادخالها وذهب بعض أهل الظاهر وبعض متأخري أصحاب مالك والطبري الى أنه لا يجب ادخالها في الغسل والسبب في اختلافهم في ذلك الاشتراك الذي في حرف الى وفي اسم اليد في كلام العرب وذلك أن حرف الى مرة يدل في كلام العرب على الغاية ومرة يكون بمعنى مع واليد أيضا في كلام العرب تطلق على ثلاثة معان على الكف فقط وعلى الكف والتراب وعلى الكف والتراب والعصب . فغن جعل الى بمعنى ٧ أو فهم من اليد مجموع الثلاثة الاعضاء أوجب دخولهما في الغسل ٨ ومن فهم من اليد الغاية ومن اليد مادون المرفق ولم يكن الحسنة داخل في المحسود لم يدخلهما في الغسل وخرج مسلم في صحيحه عن أبي هريرة أنه غسل يده اليمنى حتى أشرع في العصب ثم اليسرى كذلك ثم غسل رجله اليمنى حتى أشرع في الساق ثم غسل اليسرى كذلك ثم قال هكذا رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يتوضأ وهو حجة لقول من أوجب ادخالهما في الغسل لانه اذا تردد اللفظ بين الغنيين على السواء وجب أن لا يصار الى أحد الغنيين الابدليل وان كانت الى في كلام العرب أظهر في معنى الغاية منها في معنى مع وكذلك اسم اليد أظهر فيما دون العصب منه فيما فوق العصب فقول من لم يدخلهما من جهة الدلالة اللفظية أرجح وقول من أدخلهما من جهة هذا الأثر أبين الآن يحمل هذا الأثر على الندب والمسئلة محتملة كما ترى وقد قال قوم ان الغاية اذا كانت من جنس ذي الغاية دخلت فيه وان لم تكن من جنسه لم تدخل فيه (المسئلة السادسة من التحديد) اتفق العلماء على أن مسح الرأس من فروض الوضوء واختلفوا في القدر المجزئ منه فذهب مالك الى أن الواجب مسحه كله وذهب الشافعي وبعض أصحاب مالك

٧- هنا في نسخة فاس بمعنى من ٨- فيها هنا زيادة لان الى عنده تكون بمعنى من ومبدأ الشيء من الشيء

وأبو حنيفة إلى أن مسح بعضه هو الفرض ومن أحسب مالك من حله هذا البعض بالثلث ومنهم من حله بالثلثين وأما أبو حنيفة فحده بالربع وضم مع هذا القدر من اليد الذي يكون به المسح فقال إن مسح بأقل من ثلاثة أصابع لم يجزه وأما الشافعي فلم يحد في المسح ولا في الممسوح حداً وأصل الاختلاف في هذا الاشتراك الذي في الباء في كلام العرب وذلك أنها صيغة تكون زائدة مثل قوله تعالى (تنبت بالهجن) على قراءة من قرأ تنبت يضم التاء وكسر الباء من أنبت وصرة تدل على التبعية مثل قول القائل أخنت بشوبه وبعضه ولا معنى لانكار هذا في كلام العرب أعني كون الباء مبعضة وهو قول الكوفيين من النحويين فمن رآها زائدة أو جوب مسح الرأس كله ومعنى الزائدة ههنا كونها مؤكدة ومن رآها مبعضة أو جوب مسح بعضه وقد احتج من رجح هذا المفهوم بحديث المغيرة أن النبي عليه الصلاة والسلام توساً فسح بناصيته وعلى العمامة خرجه مسلم وإن سلمنا أن الباء زائدة بقي ههنا أيضاً احتمال آخر وهو هل الواجب الأخذ بأوائل الأسماء أو بأواخرها (المسئلة السابعة من الأعداد) اتفق العلماء على أن الواجب من طهارة الأعضاء الممسوحة هو مرة مرة إذا أسبغ وإن الاثنين والثلاث مندوب إليهما الماصح أنه صلى الله عليه وسلم توساً مرة مرة وتوساً مرتين مرتين وتوساً ثلاثاً ثلاثاً ولأن الأمر ليس يقتضي إلا الفعل مرة مرة أعني الأمر الوارد في الغسل في آية الوضوء واختلفوا في تكرير مسح الرأس هل هو فضيلة أم ليس في تكريره فضيلة فذهب الشافعي إلى أنه من توساً ثلاثاً ثلاثاً بمسح رأسه أيضاً ثلاثاً وأكثر الفقهاء يرون أن للمسح لافضيلة في تكريره وسبب اختلافهم في ذلك اختلافهم في قبول الزيادة الواردة في الحديث الواحد إذا أتت من طريق واحد ولم يروها إلا أكثر وذلك أن أكثر الأحاديث التي روي فيها أنه توساً ثلاثاً ثلاثاً من حديث عثمان وغيره لم ينقل فيها إلا أنه مسح واحدة فقط وفي بعض الروايات عن عثمان في صفة وضوءه أنه عليه الصلاة والسلام مسح برأسه ثلاثاً وعضد الشافعي وجوب قبول هذه الزيادة بظاهر عموم ما روي أنه عليه الصلاة والسلام توساً مرة مرة ومرتين مرتين وثلاثاً ثلاثاً وذلك أن المفهوم من عموم هذا اللفظ وإن كان من لفظ الصحابي هو حله على سائر أعضاء الوضوء الآن هذه الزيادة ليست في الصحيحين فإن محض يجب المصير إليها لأن من سكت عن شيء ليس هو بحجة على من ذكره وأكثر العلماء أوجب تجديد الماء لمسح الرأس قياساً على سائر الأعضاء وروى عن ابن الماجشون أنه قال إذا نقى الماء مسح رأسه ببلل لحيته وهو اختيار ابن حبيب ومالك والشافعي ويستحب في صفة المسح أن يبدأ بمقدم رأسه فجهر يديه إلى قفاه ثم يردهما إلى حيث بدأ على ما في حديث عبد الله بن زيد الثابت وبعض العلماء يختار أن يبدأ من مؤخر الرأس وذلك أيضاً روي من صفة وضوءه عليه الصلاة والسلام من حديث الربيع بنت معوذ إلا أنه لم يثبت في الصحيحين (المسئلة الثامنة من تعيين المحال) اختلف العلماء في المسح على العمامة فأجاز ذلك أحمد بن حنبل وأبو ثور والقاسم بن سلام وجاعة ومنع من ذلك جماعة منهم مالك والشافعي وأبو حنيفة وسبب اختلافهم في ذلك اختلافهم في وجوب العمل بالأثر الوارد في ذلك من حديث المغيرة وغيره أنه عليه الصلاة والسلام مسح بناصيته وعلى العمامة وقياساً على الخف ولذلك اشترط أكثرهم لبسها على طهارة وهذا الحديث انما رده من رده إماماً لأنه لم يصح عنده وإماماً لأن ظاهر الكتاب عارضه عنده أعني الأمر فيه

بمسح الرأس وأما لأنه لم يشتهر العمل به عند من يشترط اشتها العمل فيما تنقل من طريق الأحاد وبخاصة في المدينة على المعلوم من مذهب مالك أنه يرى اشتها العمل وهو حديث خوجه مسلم وقال فيه أبو عمر ابن عبد البر أنه حديث معاول وفي بعض طرقه أنه مسح على العمامة ولم يذكر الناصية ولذلك لم يشترط بعض العلماء في المسح على العمامة المسح على الناصية اذ لا يجتمع الاصل والبدل في فعل واحد (المسئلة التاسعة من الأركان) اختلفوا في مسح الاذنين هل هو سنة أو فريضة وهل يجددلها الماء أم لا فذهب بعض الناس الى أنه فريضة وأنه يجددلها الماء ومن قال بهذا القول جماعة من أصحاب مالك ويتأولون مع هذا أنه مذهب مالك لقوله فيهما انهما من الرأس وقال أبو حنيفة وأصحابه مسحهما فرض كذلك (١) الا انهما مسحان مع الرأس بماء واحد وقال الشافعي مسحهما سنة ويجددلها الماء وقال بهذا القول جماعة أيضا من أصحاب مالك ويتأولون أيضا أنه قوله لما روى عنه أنه قال حكم مسحهما حكم المضمضة وأصل اختلافهم في كون مسحهما سنة أو فرضا اختلافاً في الآثار الواردة بذلك أعني مسحه عليه الصلاة والسلام أذنيه هل هي زيادة على ما في الكتاب من مسح الرأس فيكون حكمهما ان يحمل على الندب لمكان التعارض الذي يتخيل بينهما وبين الآية ان جلت على الوجوب أم هي مينة للجمل الذي في الكتاب فيكون حكمهما حكم الرأس في الوجوب فمن أوجبهما جعلهما مينة لجمل الكتاب ومن لم يوجبهما جعلها زائدة كالمضمضة والآثار الواردة بذلك كثيرة وان كانت لم تثبت في الصحيحين فهي قد اشتهر العمل بها وأما اختلافهم في تجديد الماء لهما فسببه تردد الأذنين بين ان يكونا عضوا مفردا بذاته من أعضاء الوضوء أو يكونا جزءاً من الرأس وقد شد قوم فذهبوا الى انهما يغسلان مع الوجه وذهب آخرون الى انه مسح باطنهما مع الرأس ويفسل ظاهرهما مع الوجه وذلك لتردد هذا العضو بين ان يكون جزءاً من الوجه أو جزءاً من الرأس وهذا لا معنى له مع اشتها الآثار في ذلك بالمسح واشتهار العمل به والشافعي يستحب فيهما التكرار كما يستحب في مسح الرأس (المسئلة العاشرة من الصفات) اتفق العلماء على ان الرجلين من أعضاء الوضوء واختلفوا في نوع طهارتهما فقال قوم طهارتهما الغسل وهم الجمهور وقال قوم فرضهما المسح وقال قوم بل طهارتهما تجوز بالنوعين الغسل والمسح وان ذلك راجع الى اختيار المكلف وسبب اختلافهم القراءتان المشهورتان في آية الوضوء أعني قراءة من قرأ وأرجلكم بالنصب عطفاً على المغسول وقراءة من قرأ وأرجلكم بالخفض عطفاً على المسح وذلك أن قراءة النصب ظاهرة في الغسل وقراءة الخفض ظاهرة في المسح كظهور تلك في الغسل فمن ذهب الى ان فرضهما واحد من هاتين الطهارتين على التعيين اما الغسل واما المسح ذهب الى ترجيح ظاهر إحدى القراءتين على القراءة الثانية وصرح بالتأويل ظاهر القراءة الثانية الى معنى ظاهر القراءة التي ترجحت عنده ومن اعتقد ان دلالة كل واحدة من القراءتين على ظاهرهما على السواء وانه ليست احدهما على ظاهرها أدل من الثانية على ظاهرها أيضاً جعل ذلك من الواجب الخير ككفارة اليمين وغير ذلك وبه قال الطبري وداود والجمهور تأويلات في قراءة الخفض أجودها ان ذلك عطف على اللفظ لا على المعنى اذ كان ذلك موجوداً في كلام العرب مثل قول الشاعر

(لعب الزمان بها وغيرها * بعدى سوا في المور والقطر)

بالخفض ولوعطف على المعنى لرفع القطر وأما الفرق الثاني وهم الذين أوجبوا المسح فانهم تأولوا قراءة النصب على انها عطف على الموضع كما قال الشاعر * فلسنا بالجبال ولا الخديدا * وقد رجح الجمهور قراءتهم هذه بالثابت عنه عليه الصلاة والسلام اذ قال في قوم لم يستوفوا غسل أقدامهم في الوضوء ويل للعقاب من النار قالوا فهذا يدل على أن الغسل هو الفرض لان الواجب هو الذي يتعلق بتركه العقاب وهذا ليس فيه حجة لانه انما وقع الوعيد على أنهم تركوا أعقابهم دون غسل ولا شك ان من شرع في الغسل ففرضه الغسل في جميع القدم كما أن من شرع في المسح ففرضه المسح عند من يخير بين الأمرين وقد يدل على هذا ما جاء في أثر آخر خرجنا من أجله أن قال جعلنا تمسح على أرجلنا فنادى ويل للعقاب من النار وهذا الأثر وان كانت العادة قد جرت بالاجتماع به في منع المسح فهو أدل على جوازه منه على منعه لان الوعيد انما يتعلق فيه بترك التعميم لا بنوع الطهارة بل سكت عن نوعها وذلك دليل على جوازها بجواز المسح هو أيضا مروى عن بعض الصحابة والتابعين ولكن من طريق المعنى فالغسل أشد مناسبة للقدمين من المسح كما ان المسح أشد مناسبة للرأس من الغسل اذ كانت القدمان لا ينقي دنسهما غالبا الا بالغسل وينقي دس الرأس بالمسح وذلك أيضا غالب والمصالح المعقولة لا يمتنع أن تكون أسباب العبادات المقرضة حتى يكون الشرع لاحظ فيهما معنيين معنى مصلحيا ومعنى عباديا وأعني بالمصلحي ما يرجع إلى الامور المحسوسة وبالعبادي ما يرجع إلى زكاة النفس وكذلك اختلفوا في الكعبين هل يدخلان في المسح أو في الغسل عند من أجاز المسح وأصل اختلافهم الاشتراك الذي في حرف إلى أعني في قوله تعالى (وأرجلكم إلى الكعبين) وقد تقدم القول في اشتراك هذا الحرف في قوله تعالى (إلى المرفقين) لكن الاشتراك وقع هناك من جهتين من اشتراك اسم اليد ومن اشتراك حرف إلى وهنا من قبل اشتراك حرف إلى فقط وقد اختلفوا في الكعب ما هو وذلك لاشتراك اسم الكعب واختلاف أهل اللغة في دلالة فقيل هما العظمان اللذان عند معقد الشراك وقيل هما العظمان اللتان في طرف الساق ولا خلاف فيما أحسب في دخولهما في الغسل عند من يرى انهما عند معقد الشراك اذ كانا جزءا من القدم ولذلك قال قوم انه اذا كان الحد من جنس المحدود دخلت الغاية فيه أعني الشيء الذي يدل عليه حرف إلى واذا لم يكن من جنس المحدود لم يدخل فيه مثل قوله تعالى (ثم أتوا الصيام إلى الليل) (المسئلة الحادية عشرة من الشروط) اختلفوا في وجوب ترتيب أفعال الوضوء على نسق الآية فقال قوم هو سنة وهو الذي حكاه المتأخرون من أصحاب مالك عن المذهب وبه قال أبو حنيفة والثوري وداود وقال قوم هو فريضة وبه قال الشافعي وأحمد وأبو عبيد وهذا كله في ترتيب المقروض مع المقروض وأما ترتيب الأفعال المقرضة مع الأفعال المسنونة فهو عند مالك مستحب وقال أبو حنيفة هو سنة وسبب اختلافهم شيان أحدهما الاشتراك الذي في واو العطف وذلك انه قد يعطف بها الاشياء المرتبة بعضها على بعض وقد يعطف بها غير المرتبة وذلك ظاهر من استقرأ كلام العرب ولذلك انقسم النحويون فيها قسمين فقال نحة البصرة ليس تقتضي نسقا ولا ترتيبا وانما تقتضي الجمع فقط وقال الكوفيون بل تقتضي النسق والترتيب فمن رأى أن الواو في آية الوضوء تقتضي الترتيب قال بإيجاب

الترتيب ومن رأى انها لا تقتضى الترتيب لم يقل بإيجابه والسبب الثانى اختلافهم فى أفعاله عليه الصلاة والسلام هل هي محمولة على الوجوب أو على الندب فمن جعلها على الوجوب قال بوجوب الترتيب لانه لم يرو عنه عليه الصلاة والسلام أنه توساً قط الامر بتأويل من جعلها على الندب قال ان الترتيب سنة ومن فرق بين المسنون والمفروض من الأفعال قال ان الترتيب الواجب انما ينبئ أن يكون فى الأفعال الواجبة ومن لم يفرق قال ان الشروط الواجبة قد تكون فى الأفعال التي ليست واجبة (المسئلة الثانية عشرة من الشروط) اختلفوا فى الموالاة فى أفعال الوضوء فذهب مالك الى أن الموالاة فرض مع الذكر ومع القدرة ساقطة مع النسيان ومع الذكر عند العذر ما لم يتفاحش التفاوت وذهب الشافعى وأبو حنيفة الى أن الموالاة ليست من واجبات الوضوء والسبب فى ذلك الاشتراك الذى فى الواو أيضاً وذلك أنه قد يعطف بها الاشياء المتتابعة المتلاحقة بعضها على بعض وقد يعطف بها الاشياء المترخية بعضها عن بعض وقد احتج قوم لسقوط الموالاة بما ثبت عنه عليه الصلاة والسلام أنه كان يتوضأ فى أول طهوره ويؤخر غسل رجله الى آخر الطهر وقد يدخل الخلاف فى هذه المسئلة أيضاً فى الاختلاف فى جل الأفعال على الوجوب أو على الندب وانما فرق مالك بين العمد والنسيان لان الناسى الاصل فيه فى الشرع انه معفو عنه الى ان يقوم الدليل على غير ذلك لقوله عليه الصلاة والسلام رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وكذلك العذر يظهر من أمر الشرع ان له تأثيراً فى التخفيف وقد ذهب قوم الى أن التسمية من فروض الوضوء واحتجوا لذلك بالحديث المرفوع وهو قوله عليه الصلاة والسلام لا وضوء لمن لم يذكر الله وهذا الحديث لم يصح عند أهل النقل وقد جله بعضهم على أن المراد به التنية وبعضهم جله على الندب فيما أحسب فهذه مشهورات المسائل التي تجرى من هذا الباب مجرى الاصول وهي كإفلا متعلقة اما بصفات أفعال هذه الطهارة واما بتحديد مواضعها واما بتعريف شروطها وأركانها وسائر ما ذكر وما يتعلق بهذا الباب مسح الخفين اذ كان من أفعال الوضوء والكلام المحيط بأصوله يتعلق بالنظر فى سبع مسائل بالنظر فى جوازه وفى تحديد محله وفى تعيين محله وفى صفة المحل وفى توقيته وفى شروطه وفى نواقضه (المسئلة الاولى) فاما الجواز ففيه ثلاثة أقوال القول المشهور أنه جائز على الإطلاق وبه قال جمهور فقهاء الامصار والقول الثانى جوازه فى السفر دون الحضر والقول الثالث منع جوازه بطلاق وهو أشدها والأقوال الثلاثة مروية عن الصدر الاول وعن مالك والسبب فى اختلافهم ما يظن من معارضة آية الوضوء الوارد فيها الامر بغسل الأرجل للأثار التي وردت فى المسح مع تأخر آية الوضوء وهذا الخلاف كان بين الصحابة فى الصدر الاول فكان منهم من يرى ان آية الوضوء ناسخة لتلك الآثار وهو من ذهب ابن عباس واحتج القائلون بجوازه بما رواه مسلم انه كان يحبهم حديث جرير وذلك أنه روى أنه رأى النبي عليه الصلاة والسلام يمسح على الخفين فقبل له انما كان ذلك قبل نزول المائدة فقال ما أسألت الا بعد نزول المائدة وقال المتأخرون القائلون بجوازه ليس بين الآية والآثار تعارض لان الامر بالغسل انما هو متوجه الى من لاخفله والرخصة انما هى للابس الخف وقيل ان تأويل قراءة الأرجل بالخف هو المسح على الخفين وأما من فرق بين السفر والحضر فلان أكثر الآثار الصحاح الواردة فى مسحه عليه الصلاة والسلام انما كانت فى السفر مع ان السفر مشعر بالرخصة والتخفيف والمسح على الخفين هو من

باب التخفيف فان تزعه مما يشق على المسافر (المسئلة الثانية) وأما تحديد المحل فاختلف فيه أيضا فقهاء
الامصار فقال قوم ان الواجب من ذلك مسح أعلى الخف وان مسح الباطن أعنى أسفل الخف مستحب
ومالك أحد من رأى هذا والشافعي ومنهم من أوجب مسح ظهورهما وبطنهما وهو مذهب ابن نافع
من أصحاب مالك ومنهم من أوجب مسح الظهور فقط ولم يستحب مسح الباطن وهو مذهب أبي حنيفة
وداود وسفيان وجماعة وشهدا فقال ان الواجب مسح الباطن أو الأعلى أيهما مسح وبسبب اختلافهم
تعارض الآثار الواردة في ذلك وتشبيه المسح بالغسل وذلك ان في ذلك أثرين متعارضين أحدهما حديث
المغيرة بن شعبة وفيه انه صلى الله عليه وسلم مسح أعلى الخف وباطنه والآخر حديث على لو كان الدين
بالرأى لكان أسفل الخف أولى بالمسح من أعلاه وقدرأت رسول الله صلى الله عليه وسلم يمسح على
ظاهر خفيه فن ذهب مذهب الجمع بين الحديثين حل حديث المغيرة على الاستحباب وحديث على على
الوجوب وهي طريقة حسنة ومن ذهب مذهب الترجيح أخذ ما بحديث على واما بحديث المغيرة فن رجح
حديث المغيرة على حديث على رجحه من قبل القياس أعنى قياس المسح على الغسل ومن رجح حديث على
رجحه من قبل مخالفة القياس أو من جهة السند والاسعد في هذه المسئلة هو مالك وأما من أجاز الاقتصار على
مسح الباطن فقط فلا علم له بحجة لانه لا هذا الاثر اتبع ولا هذا القياس استعمل أعنى قياس المسح على الغسل
(المسئلة الثالثة) وأما نوع محل المسح فان الفقهاء القائلين بالمسح اتفقوا على جواز المسح على الخفين
واختلفوا في المسح على الجوربين فأجاز ذلك قوم ومنعه قوم وعن منع ذلك مالك والشافعي وأبو حنيفة
وعن أجاز ذلك أبو يوسف ومحمد صاحب أبي حنيفة وسفيان الثوري وبسبب اختلافهم اختلفوا في محبة الآثار
الواردة عنه عليه الصلاة والسلام أنه مسح على الجوربين والنعلين واختلفوا في هل يقاس على
الخف غيره أم هي عبادة لا يقاس عليها ولا يتعدى بها محلها فن لم يصح عنده الحديث ولم يبلغه ولم ير القياس
على الخف قصر المسح عليه ومن صح عنه الأثر أوجوز القياس على الخف أجاز المسح على الجوربين
وهذا الأثر لم يخرجه الشيخان أعنى البخاري ومسلم ومعهما الترمذي ولتردد الجوربين بين المجلدين
بين الخف والجورب غير المجلد عن مالك في المسح عليهما روايتان أحدهما بالنع والأخرى بالجواز
(المسئلة الرابعة) وأما صفة الخف فانهم اتفقوا على جواز المسح على الخف الصحيح واختلفوا في المخرق
فقال مالك وأصحابه يمسح عليه اذا كان المخرق يسيرا وحداً أبو حنيفة بما يكون الظاهر منه أقل من ثلاثة
أصابع وقال قوم بجواز المسح على الخف المخرق مادام يسمى خفا وان تقاحش خرقه وعن روى عنه
ذلك الثوري ومنع الشافعي أن يكون في مقدم الخف خرق يظهر منه القدم ولو كان يسيرا في أحد القولين
عنه وبسبب اختلافهم في ذلك اختلفوا في انتقال الفرض من الغسل الى المسح هل هو لموضع الستر
أعنى ستر القدمين أم هو لموضع المشقة في نوع الخفين فن رأوا موضع الستر لم يجز المسح على الخف
المخرق لانه اذا انكشف من القدم شيء انتقل فرضها من المسح الى الغسل ومن رأى ان العلة في ذلك
المشقة لم يعتبر المخرق مادام يسمى خفا وأما التفريق بين المخرق الكثير والبسيط فاستحسن ورفع
للحرج وقال الثوري كانت خفاف المهاجرين والانصار لا تسلم من الخروق تخفاف الناس فلا وكان في ذلك

حظر لورد وتقل عنهم قلت هذه المسئلة هي مسكوت عنها فلو كان فيها حكم مع عموم الابتلاء به لبينه صلى الله عليه وسلم وقد قال تعالى (التين للناس مآزل اليهم) (المسئلة الخامسة) وأما التوقيت فإن الفقهاء أيضا اختلفوا فيه فرأى مالك أن ذلك غير موقت وإن لابس الخف مسح عليهما ما لم يزعجهما وتصيبه جنابة وذهب أبو حنيفة والشافعي إلى أن ذلك موقت والسبب في اختلافهم اختلاف الآثار في ذلك وذلك أنه ورد في ذلك ثلاثة أحاديث أحدها حديث علي عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاثة أيام ولياليهن للمسافر ويوما ولية للمقيم خرجه مسلم والثاني حديث أبي بن عمار أنه قال يا رسول الله أمسح على الخف قال نعم قال يوما قال نعم قال ويومين قال نعم قال وثلاثة قال نعم حتى يبلغ سبعا ثم قال امسح مائة مرة خرجه أبو داود والطحاوي والثالث حديث صفوان بن عسال قال كنت في سفر فأمرنا أن نزع خفافنا ثلاثة أيام ولياليهن إمن جنابة ولكن من بول أو نوم أو غائط (١) قلت أما حديث علي فصحيح خرجه مسلم وأما حديث أبي بن عمار فقال فيه أبو عمر بن عبد البر أنه حديث لا يثبت وليس له أسناد قائم ولذلك ليس ينبغي أن يعارض به حديث علي وأما حديث صفوان بن عسال فهو وإن كان لم يخرج به البخاري ولا مسلم فإنه قد صححه قوم من أهل العلم بالحديث الترمذي وأبو محمد بن حزم وهو بظاهره معارض بدليل الخطاب لحديث أبي شحيد علي وقد يحتمل أن يجمع بينهما بأن يقال أن حديث صفوان وحديث علي خرجا مخرج السؤال عن التوقيت وحديث أبي بن عمار نص في ترك التوقيت لكن حديث أبي لم يثبت بعد فعلى هذا يجب العمل بحديثي علي وصفوان وهو الاظهر الآن دليل الخطاب فيهما يعارضه القياس وهو كون التوقيت غير مؤثر في نقض الطهارة لأن النواقض هي الاحداث (المسئلة السادسة) وأما شرط المسح على الخفين فهو أن تكون الرجلان طاهرين بطهر الوضوء وذلك شيء يجمع عليه الاخلاف أذا زاد وقروى عن ابن القاسم عن مالك ذكره ابن لبابة في المنتخب وإنما قال به الأكثر لثبوته في حديث المغيرة وغيره إذا أراد أن يزع الخف عنه فقال عليه الصلاة والسلام دعهما فاني أدخلتهما وهما طاهرتان واختلف جل هذه الطهارة على الطهارة اللغوية واختلف الفقهاء من هذا الباب فيمن غسل رجله ولبس خفيه ثم أمم وضوءه هل مسح عليهما فن لم ير أن الترتيب واجب ورأى أن الطهارة تصح لكل عضو قبل أن تكمل الطهارة لجميع الاعضاء قال بجواز ذلك ومن رأى أن الترتيب واجب وأنه لا تصح طهارة العضو الا بعد طهارة جميع أعضاء الطهارة لم يحجز ذلك والبقول الاول قال أبو حنيفة والبقول الثاني قال الشافعي ومالك الا أن مالك لم يمنع ذلك من جهة الترتيب وإنما منعه من جهة أنه يرى أن الطهارة لا توجد للعضو الا بعد كمال جميع الطهارة وقد قال عليه الصلاة والسلام وهما طاهرتان فأخبر عن الطهارة الشرعية وفي بعض روايات المغيرة إذا دخلت رجلتيك في الخف وهما طاهرتان قام مسح عليهما وعلى هذه الاصول تنفرع الجواب فيمن لبس أحد خفيه بعد أن غسل إحدى رجلتيه وقبل أن يغسل الأخرى فقال مالك لا يمسح على الخفين لأنه لا يلبس الخف قبل تمام الطهارة وهو قول الشافعي وأحمد واسحق وقال أبو حنيفة والثوري والمري والطبري وداود يجوز له المسح وبه قال جماعة من أصحاب مالك منهم مطرف وغيره وكلهم أجمعوا أنه لو نزع الخف الأول بعد غسل الرجل الثانية ثم لبسها جاز له

(١) هكذا رواية الترمذي ورواية النسائي ثلاثة أيام ولياليهن من غائط وبول ونوم إمن جنابة

المسح وهل من شرط المسح على الخف ألا يكون على خف آخر عن مالك فيه قولان وسبب الخلاف هل كانتقل طهارة القدم الى الخف اذاستره الخف كذلك تنتقل طهارة الخف الأسفل الواجبة الى الخف الأعلى فمن شبه النقلة الثانية بالاولى أجاز المسح على الخف الاعلى ومن لم يشبهها بها وظهر له الفرق لم يحز ذلك (المسئلة السابعة) فاما نواقض هذه الطهارة فأنهم أجمعوا على أنها نواقض الوضوء بعينها واختلفوا هل تزع الخف ناقض لهذه الطهارة أم لا فقال قوم ان تزعه وغسل قدميه فطهارته باقية وان لم يغسلهما وصلى أعاد الصلاة بعد غسل قدميه وعن قال بذلك مالك وأصحابه والشافعي وأبو حنيفة الا ان مالكا رأى انه ان أخر ذلك استأنف الوضوء على رأيه في وجوب الموالاة على الشرط الذى تقدم وقال قوم طهارته باقية حتى يحدث حدثا ينقض الوضوء وليس عليه غسل وعن قال بهذا القول داود وابن أبي ليلى وقال الحسن بن حي اذا نزع خفيه فقد بطلت طهارته وبطل واحد من هذه الاقوال الثلاثة قالت طائفة من فقهاء التابعين وهذه المسئلة هي مسكوت عنها وسبب اختلافهم هل المسح على الخفين هو أصل بذاته في الطهارة أو بدل من غسل القدمين عند غيبوبتهما في الخفين فان قلنا هو أصل بذاته فالطهارة باقية وان نزع الخفين كمن قطعت رجلاه بعد غسلهما وان قلنا انه بدل فيحفل أن يقال اذا نزع الخف بطلت الطهارة ان كنا نشترط الفور ويحتمل أن يقال ان غسلهما أجزأت الطهارة اذا لم يشترط الفور وأما اشتراط الفور من حين نزع الخف فضعيف وانما هو شئ يتخيل فهذا ما رأينا أن ثبتت في هذا الباب

﴿ الباب الثالث في المياه ﴾

والاصل في وجوب الطهارة بالمياه قوله تعالى (وينزل عليكم من السماء ماء ليطهركم به) وقوله (فلم تجعلوا ماء فتيمموا صعيدا طيبا) وأجمع العلماء على ان جميع أنواع المياه طاهرة في نفسها مظهرة لغيرها الاماء البحر فان فيه خلافا في الصدر الأول شاذا وهم محجوجون بتناول اسم الماء المطلق له وبالأثر الذى أخرجه مالك وهو قوله عليه الصلاة والسلام في البحر هو الطهور ماؤه الحل ميتته وهو وان كان حديثا مختلفا في صحته فظاهر الشرع يعضده وكذلك أجمعوا على ان كل ما يغير الماء مما لا ينفك عنه غالبا انه لا يسلبه صفة الطهارة والتطهير الا خلافا شاذا روى في الماء الآجن عن ابن سيرين وهو أيضا محجوج بتناول اسم الماء المطلق له واقفقوا على ان الماء الذى غيرت النجاسة اماطعته أولونه أو ريحه أو أكثر من واحد من هذه الأوصاف انه لا يجوز به الوضوء ولا الطهور واقفقوا على ان الماء الكثير المستبحر لا تضره النجاسة التى لم تغير أحد أوصافه وانه طاهر فهذا ما أجمعوا عليه من هذا الباب واختلفوا من ذلك في مستمسائل تجرى مجرى القواعد والاصول لهذا الباب (المسئلة الاولى) اختلفوا في الماء اذا خالطته نجاسة ولم تغير أحد أوصافه فقال قوم هو طاهر سواء كان كثيرا أو قليلا وهي إحدى الروايات عن مالك وبه قال أهل الظاهر وقال قوم بالفرق بين القليل والكثير فقالوا ان كان قليلا كان نجسا وان كان كثيرا لم يكن نجسا وهؤلاء اختلفوا في الحد بين القليل والكثير فذهب أبو حنيفة الى ان الحد في هذا هو أن يكون الماء من الكثرة بحيث اذا حركه آدمى من أحد طرفيه لم تسر الحركة الى الطرف الثانى منه وذهب الشافعي الى ان الحد في ذلك هو قتلان من قلال هجر وذلك نحو من خمسمائة وطل ومنهم من لم يحد في ذلك حدا ولكن قال ان النجاسة تفسد قليل الماء وان لم تغير أحد أوصافه

وهذا أيضا مروى عن مالك وقدرى أيضا أن هذا الماء مكروه فيحصل عن مالك في الماء اليسير تحله النجاسة اليسيرة ثلاثة أقوال قول أن النجاسة تفسده وقول أنها لا تفسده الآن يتغير أحد أوصافه وقول أنه مكروه وسبب اختلافهم في ذلك هو تعارض ظواهر الأحاديث الواردة في ذلك وذلك أن حديث أبي هريرة المتقدم وهو قوله عليه الصلاة والسلام إذا استيقظ أحدكم من نومه الحديث يفهم من ظاهره أن قليل النجاسة ينجس قليل الماء وكذلك أيضا حديث أبي هريرة الثابت عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال لا يبولن أحدكم في الماء الدائم ثم يغتسل فيه فإنه يومه بظاهره أيضا أن قليل النجاسة ينجس قليل الماء وكذلك ما ورد من النهي عن اغتسال الجنب في الماء الدائم وأما حديث أنس الثابت أن أعرابيا قام إلى ناحية من المسجد فبال فيها فصاح به الناس فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم دعوه فلما فرغ أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بذنوب ماء فصب على بوله فظاهره أن قليل النجاسة لا يفسد قليل الماء اذ معلوم أن ذلك الموضع قد طهر من ذلك الذنوب وحديث أبي سعيد الخدري كذلك أيضا خرجه أبو داود قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول أنه يستقي من بئر بضاعة وهي بئر يلقى فيها لحوم الكلاب والمخاض وعذرة الناس فقال النبي عليه الصلاة والسلام إن الماء لا ينجسه شيء فقام العلماء الجمع بين هذه الأحاديث واختلفوا في طريق الجمع فاختلف لذلك مذاهم فمن ذهب إلى القول بظاهر حديث الأعرابي وحديث أبي سعيد قال أن حديثي أبي هريرة غير معقول المعنى وامتثال ما تضمنه عبادة لأن ذلك الماء ينجس حتى أن الظاهرية أفرطت في ذلك فقالت لو صب البول إنسان في ذلك الماء من قدح لما كره الفسل به والوضوء فجمع بينهما على هذا الوجه من قال هذا القول ومن كره الماء القليل تحله النجاسة اليسيرة جمع بين الأحاديث فإنه حل حديثي أبي هريرة على الكراهية وحل حديث الأعرابي وحديث أبي سعيد على ظاهرهما أعني على الأجزاء وأما الشافعي وأبو حنيفة فجمع بين حديثي أبي هريرة وحديث أبي سعيد الخدري بأن حلا حديثي أبي هريرة على الماء القليل وحديث أبي سعيد على الماء الكثير وذهب الشافعي إلى أن الحد في ذلك الذي يجمع الأحاديث هو ما ورد في حديث عبد الله بن عمر عن أبيه خرجه أبو داود والترمذي ومحمده أبو محمد بن حزم قال سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الماء وما ينوبه من السباع والساب فقال إن كان الماء قلتين لم يحمل خبثا وأما أبو حنيفة فذهب إلى أن الحد في ذلك من جهة القياس وذلك أنه اعتبر مريان النجاسة في جميع الماء بمران الحركة فإذا كان الماء بحيث يظن أن النجاسة لا يمكن فيها أن تسري في جميعه فالماء طاهر لكن من ذهب هذين المذهبين لحديث الأعرابي المشهور معارض له ولا بد لذلك لجأت الشافعية إلى أن فرق بين ورود الماء على النجاسة وورود النجاسة على الماء فقلوا أن ورودها على الماء كما في حديث الأعرابي لم ينجس وإن وردت النجاسة على الماء كما في حديث أبي هريرة نجس وقال جمهور الفقهاء هذا التحكم وله إذا تؤمل وجهه من النظر وذلك أنهم انما صاروا إلى الاجماع على أن النجاسة اليسيرة لا تؤثر في الماء الكثير إذا كان الماء الكثير بحيث يتوهم أن النجاسة لا تسري في جميع أجزائه وأنه يستحيل عينا عن الماء الكثير وإذا كان ذلك كذلك فلا يبعد أن قدرا من الماء لو حله قدر ما من النجاسة لسرت فيه ولكن نجسا فإذا ورد ذلك الماء على النجاسة جزأ جزأ فعلم أنه تقى عين تلك النجاسة وتذهب قبل فناء ذلك الماء

وعلى هذا فيكون آخر جزء ورد من ذلك الماء قطهر المحل لان نسبته الى ما ورد عليه مما بقي من النجاسة نسبة الماء الكثير الى القليل من النجاسة ولذلك كان العلم يقع في هذه الحال بذهاب عين النجاسة أعنى في وقوع الجزء الاخير الطاهر على آخر جزء يبق من عين النجاسة ولهذا أجمعوا على أن مقدار ما يتوضأ به يطهر قطرة البول الواقعة في الثوب أو البدن واختلفوا اذا وقعت القطرة من البول في ذلك القدر من الماء وأولى المذاهب عندى وأحسنها طريقة في الجمع هو أن يحمل حديث أبي هريرة وما في معناه على الكراهية وحديث أبي سعيد وأنس على الجواز لان هذا التأويل يبقى مفهوم الأحاديث على ظاهرها أعنى حديثى أبي هريرة من أن المقصود بها تأثير النجاسة في الماء وحده الكراهية عندى هو ما عافاه النفس وترى انه ماء خيث وذلك أن ما عاف الانسان شره به يجب أن يحتسب استعماله في القرية الى الله تعالى وإن عاف وروده على ظاهر بدنه كما عاف وروده على داخله وأما من احتج بأنه لو كان قليل النجاسة ينجس قليل الماء لما كان الماء يطهر أحدا أبدا اذ كان يجب على هذا أن يكون المنفصل من الماء عن الشئ النجس المقصود قطهره بدأ بنجسا فقول لا معنى له لما ينهه من ان نسبة آخر جزء يرد من الماء على آخر جزء يبق من النجاسة في المحل نسبة الماء الكثير الى النجاسة القليلة وإن كان يجب به كثير من المتأخرين فانا نعلم قطعا ان الماء الكثير يحل النجاسة ويقلب عينها الى الطهارة ولذلك أجمع العلماء على ان الماء الكثير لا تفسده النجاسة القليلة فاذا تابع الغاسل صب الماء على المكان النجس أو العضو النجس فيحل الماء ضرورة عين النجاسة بكثرته ولا فرق بين الماء الكثير ان يرد على النجاسة الواحدة بعينه دفعة أو يرد عليها جزء بعد جزء فاذا هؤلاء انما احتجوا بموضع الاجماع على موضع الخلاف من حيث لم يشعروا بذلك والموضعان في غاية التباين فهذا ما ظهر لنا في هذه المسئلة من سبب اختلاف الناس فيها وترجيح أقوالهم فيها ولودنا ان لو سلكنافى كل مسئلة هذا المسلك لكن رأينا أن هذا يقتضى طولاً ورماعاق الزمان عنه وان الاحوط هو ان نؤم الغرض الأول الذى قصدناه فان يسر الله تعالى فيه وكان لنا انفساح من العمر فسيتم هذا الغرض (المسئلة الثانية) الماء الذى خالطه زعفران أو غيره من الأشياء الطاهرة التى تنفك منه غالباً متى غيرت أحداً وصافه فإنه طاهر عند جميع العلماء غير مطهر عند مالك والشافعى ومطهر عند أبى حنيفة ما لم يكن التغير عن طبعه وسبب اختلافهم هو خفاء تناول اسم الماء المطلق للماء الذى خالطه أمثال هذه الأشياء أعنى هل يتناوله أو لا يتناوله فمن رأى أنه لا يتناوله اسم الماء المطلق وانما يضاف الى الشئ الذى خالطه فيقال ماء كذا لاماء مطلق لم يجز الوضوء به اذ كان الوضوء انما يصح ب الماء المطلق ومن رأى انه يتناوله اسم الماء المطلق أجاز به الوضوء وظهور عدم تناول اسم الماء للماء المطبوخ مع شئ طاهر اتفقوا على أنه لا يجوز الوضوء به وكذلك فى مياه النبات المستخرجة منه الا ما فى كتاب ابن شعبان من اجازة طهر الجمعة بماء الورد والحق ان الاختلاط يختلف بالكثرة والقلة فقد يبلغ من الكثرة الى حد لا يتناوله اسم الماء المطلق مثل ما يقال ماء العسل وقد لا يبلغ الى ذلك الحد وبخاصة متى تغيرت منه الريح فقط ولذلك لم يعتبر الريح قوم ممن منعوا الماء المضاف وقد قال عليه الصلاة والسلام لام عطية عند أمره اياها بغسل ابنته اغسلها بماء وسدر واجعلن فى الأخيرة كافورا أو شيئاً من كافور فهذا ماء مختلط ولكنه لم يبلغ من

الاختلاط بحيث يسلب عنه اسم الماء المطلق وقدرى عن مالك اعتبار الكثرة في المخالطة والقلة والفرق بينهما فأجازه مع القلة وإن ظهرت الأوصاف ولم يجزه مع الكثرة (المسئلة الثالثة) الماء المستعمل في الطهارة اختلفوا فيه على ثلاثة أقوال فقوم لم يجزوا الطهارة به على كل حال وهو مذهب الشافى وأبي حنيفة وقوم كرهوه ولم يجزوا التيمم مع وجوده وهو مذهب مالك وأصحابه وقوم لم يروا بينه وبين الماء المطلق فرقا وبه قال أبو ثور وداد وأصحابه وشذ أبو يوسف فقال انه نجس وسبب الخلاف في هذا أيضا ما يظن من أنه لا يتناول اسم الماء المطلق حتى أن بعضهم غلافظن أن اسم الغسالة أحق به من اسم الماء وقد ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم كان أصحابه يقتتلون على فضل وضوءه ولا بد أن يقع من الماء المستعمل في الاناء الذى بقي فيه الفضل وبالجملة فهو ماء مطلق لأنه في الأغلب ليس ينتهى إلى أن يتغير أحد أوصافه بدينس الأعضاء التى تفصل به فان انتهى إلى ذلك فحكمه حكم الماء الذى تغير أحد أوصافه بشئ طاهر وإن كان هذا تعافه النفوس أكثر وهذا لحظ من كرهه وأما من زعم أنه نجس فلا دليل معه (المسئلة الرابعة) اتفق العلماء على طهارة أسرار المسلمين وبهجة الأنعام واختلفوا فيما عدا ذلك اختلافا كثيرا فمنهم من زعم أن كل حيوان طاهر السور ومنهم من استثنى من ذلك الخنزير فقط وهذا القولان مرويان عن مالك ومنهم من استثنى من ذلك الخنزير والكلب وهو مذهب الشافى ومنهم من استثنى من ذلك السباع عامة وهو مذهب ابن القاسم ومنهم من ذهب إلى أن الأسرار تابعة للحوم فان كانت اللحوم محرمة فالأسرار نجسة وإن كانت مكروهة فالأسرار مكروهة وإن كانت مباحة فالأسرار طاهرة وأما سور المشرك ف قيل انه نجس وقيل انه مكروه إذا كان يشرب الخمر وهو مذهب ابن القاسم وكذلك عنده جميع أسرار الحيوانات التى لا تنقى النجاسة غالبا مثل السباع الخجلة والابل الخجلة والكلاب الخجلة وسبب اختلافهم في ذلك هو ثلاثة أشياء أحدها معارضة القياس لظاهر الكتاب والثاني معارضته لظاهر الآثار والثالث معارضة الآثار بعضها بعضا في ذلك أما القياس فهو انه لما كان الموت من غير ذكاة هو سبب نجاسة عين الحيوان بالشرع وجب أن تكون الحياة هى سبب طهارة عين الحيوان وإذا كان ذلك كذلك فكل حي طاهر العين وكل طاهر العين فسوره طاهر وأما ظاهر الكتاب فانه عارض هذا القياس في الخنزير والمشرك وذلك أن الله تعالى يقول في الخنزير (فانه رجس) وما هو رجس في عينه فهو نجس لعينه ولذلك استثنى قوم من الحيوان الحى الخنزير فقط ومن لم يستثنه حل قوله رجس على جهة الذم له وأما المشرك ففي قوله تعالى (انما المشركون نجس) فمن حل هذا أيضا على ظاهره استثنى من مقتضى ذلك في القياس المشركين ومن أخرجه مخرج الذم لهم طرد تياسه وأما الآثار فانها عارضت هذا القياس في الكلب والهر والسباع أما الكلب فحديث أبي هريرة لتفق على محمته وهو قوله عليه الصلاة والسلام إذا ولغ الكلب في اناء أحكم فليرقه وليغسله سبع مرات في بعض طرقه وأولاهن بالتراب وفي بعضها وعفروه الثامنة بالتراب وأما الهر فخارواه قرعة عن ابن سيرين عن أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم طهروا الاناء إذا ولغ فيه الهر أن يغسل مرة أو مرتين قرعة ثقة عند أهل الحديث وأما السباع فحديث ابن عمر المتقدم عن أبيه قال سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم (٢ - بداية المجتهد) - (اؤل)

عليه وسلم عن الماء وما ينو به من السباع والدواب فقال ان كان الماء قلتين لم يحمل خبثا وأما تعارض الآثار في هذا الباب فنها أنه روى عنه أنه سئل صلى الله عليه وسلم عن الحياض التي بين مكة والمدينة تردها الكلاب والسباع فقال لها ما حلت في بطونها ولكم ما غرث ربا وطهورا ونحو هذا حديث عمر الذي رواه مالك في موطنه وهو قوله يا صاحب الحوض لا تخبرنا فانا نرد على السباع وترد علينا وحديث أبي قتادة أيضا الذي خرج به مالك ان كبشة سكت له وضوا فجاءت هرة لتشرب منه فأصغى لها الاناء حتى شربت ثم قال ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال انها ليست بنجس انما هي من الطوافين عليكم والطوافات فاختلف العلماء في تأويل هذه الآثار ووجه جمعها مع القياس المذكور فنذهب مالك في الأمر بآرافة سؤر الكلب وغسل الاناء منه الى ان ذلك عبادة غير معللة وان الماء الذي يابغ فيه ليس بنجس ولم ير ارافة ماعدا الماء من الاشياء التي يابغ فيها الكلب في المشهور عنه وذلك كما قلنا لمعارضة ذلك القياس له ولأنه ظن أيضا انه ان فهم منه ان الكلب نجس العين عارضه ظاهر الكتاب وهو قوله تعالى (فكلوا مما أمسكن عليكم) يريد انه لو كان نجس العين لنجس الصيد بمماسه وأيد هذا التأويل بما جاء في غسله من العدد والتجاسات ليس يشترط في غسلها العدد فقال ان هذا الغسل انما هو عبادة ولم يرجع على سائر تلك الآثار لضعفها عنده وأما الشافعي فاستثنى الكلب من الحيوان الحي ورأى ان ظاهر هذا الحديث يوجب نجاسة سؤره وان لعبه هو النجس لآينه فبأحسب وانه يجب أن يغسل الصيد منه وكذلك استثنى الخنزير لمكان الآية المذكورة وأما أبو حنيفة فانه زعم أن المفهوم من هذه الآثار الواردة بنجاسة سؤر السباع والهر والكلب هو من قبل تحريم لحومها وان هذا من باب الخاص أريد به العام فقال الأسار تابعة للحوم الحيوان وأما بعض الناس فاستثنى من ذلك الكلب والهر والسباع على ظاهر الأحاديث الواردة في ذلك وأما بعضهم فحكم بطهارة سؤر الكلب والهر فاستثنى من ذلك السباع فقط أما سؤر الكلب فللعدد المشترط في غسله ولمعارضة ظاهر الكتاب ولمعارضة حديث أبي قتادة لانه علل عدم نجاسة الهرة من قبل انها من الطوافين والكلب طواف وأما الهرة فصيرا الى ترجيح حديث أبي قتادة على حديث قرة عن ابن سيرين وترجيح حديث ابن عمر على حديث عمر وما ورد في معناه لمعارضة حديث أبي قتادة له بدليل الخطاب وذلك أنه لما علل عدم النجاسة في الهرة بسبب الطواف فهم منه ان ما ليس بطواف وهي السباع فأسارها حرمته ومن ذهب هذا المنهج ابن القاسم وأما أبو حنيفة فقال كما قلنا بنجاسة سؤر الكلب ولم ير الغند في غسله شرطا في طهارة الاناء الذي ولغ فيه لانه عارض ذلك عنده القياس في غسل التجاسات أعني أن المعتبر فيها انما هو إزالة العين فقط وهذا على عادته في رد أخبار الآحاد لمكان معارضة الأصول لما قال القاضي فاستعمل من هذا الحديث بعضا لم يستعمل بعضا أعني أنه استعمل منه ما لم تعارضه الأصول ولم يستعمل ما عارضته منه الأصول وعنده ذلك بأنه منه في أبي هريرة الذي روى الحديث فهذه هي الاشياء التي حركت الفقهاء الى هذا الاختلاف الكثير في هذه المسئلة وقادتهم الى الافتراق فيها والمسئلة اجتهدية محضة يعسر أن يوجد فيها ترجيح ولعل الأرجح أن يستثنى من طهارة أسار الحيوان الكلب والخنزير والمشرک لصحة الآثار الواردة في الكلب ولان ظاهر الكتاب ولما أن يتبع في القول بنجاسة عين الخنزير والمشرک من القياس

وكذلك ظاهر الحديث وعليه أكثر الفقهاء أعنى على القول بنجاسة سؤر الكلب فإن الأمر بارأته ما ولغ فيه الكلب غثيل ومناسف في الشرع لنجاسة الماء الذي ولغ فيه أعنى أن المفهوم بالعادة في الشرع من الأمر بارأته الشئ وغسل الاناء منه هو لنجاسة الشئ وما عترضوا به من أنه لو كان ذلك لنجاسة الاناء لما اشترط فيه العدد فغير نكير أن يكون الشرع يخص نجاسة دون نجاسة بحكم دون حكم تغليظا لها وقال القاضي وقد ذهب جدي رحمه الله عليه في كتاب المقدمات الى أن هذا الحديث معال معقول المعنى ليس من سبب النجاسة بل من سبب ما يتوقع أن يكون الكلب الذي ولغ في الاناء كلبا فيخاف من ذلك السم قال ولذلك جاء هذا العدد الذي هو السبع في غسله فإن هذا العدد قد استعمل في الشرع في مواضع كثيرة في العلاج والمداواة من الأمراض وهذا الذي قاله رحمه الله هو وجه حسن على طريقة المالكية فإنه اذا قلنا ان ذلك الماء غير نجس فالأولى أن يعطى علة في غسله من أن يقول أنه غير معطل وهذا ظاهر بنفسه وقد اعترض عليه فيما بلغني بعض الناس بأن قال ان الكلب الكلب لا يقرب الماء في حين كلبه وهذا الذي دلوه هو عند استحكام هذه العلة بالكلاب لا في مبادئها وفي أول حديثها فلامعنى لاعتراضهم وأيضا فإنه ليس في الحديث ذكر الماء وإنما فيه ذكر الاناء ولعل في سؤره خاصية من هذا الوجه ضارة أعنى قبل أن يستحكم به الكلب ولا يستنكر ورود مثل هذا في الشرع فيكون هذا من باب ما ورد في الذباب اذا وقع في الطعام ان يغمس وتعليل ذلك بأن في أحد جناحيه داء وفي الآخر دواء وأما ما قيل في المذهب من ان هذا الكلب هو الكلب المنهى عن اتخاذه أو الكلب الحضري فضعيف وبعيد من هذا التعليل الآن يقول قائل ان ذلك أعنى النهى من باب التحريم في اتخاذه (المسئلة الخامسة) اختلف العلماء في أسأر الطهر على خمسة أقوال فذهب قوم الى أن أسأر الطهر طاهرة باطلاق وهو من مذهب مالك والشافعي وأبى خيفة وذهب آخرون الى أنه لا يجوز للرجل أن يتطهر بسؤر المرأة ويجوز للمرأة أن تتطهر بسؤر الرجل وذهب آخرون الى أنه يجوز للرجل أن يتطهر بسؤر المرأة ما لم تكن المرأة جنباً أو حائضاً وذهب آخرون الى أنه لا يجوز لواحد منهما أن يتطهر بفضل صاحبه إلا أن يشترعا معا وقال قوم لا يجوز وان شرعا معا وهو مذهب أحمد بن حنبل وسبب اختلافهم في هذا الاختلاف الآثار وذلك ان في ذلك أربعة آثار أحدها أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يغتسل من الجنابة هو وأزواجه من اناء واحد والثاني حديث مجبوءة أنه اغتسل من فضلها والثالث حديث الحكم الغفاري ان النبي عليه الصلاة والسلام نهى أن يتوضأ الرجل بفضل المرأة خرجه أبو داود والترمذي والرابع حديث عبد الله بن سرجس قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يغتسل الرجل بفضل المرأة والمأة بفضل الرجل ولكن يشترعا معا فذهب العلماء في تأويل هذه الأحاديث مذهبين مذهب الترجيح ومذهب الجمع في بعض والترجيح في بعض أما من رجح حديث اغتسال النبي صلى الله عليه وسلم مع أزواجه من اناء واحد على سائر الأحاديث لأنه ما اتفق الصحاح على تحريمه ولم يكن عنده فرق بين أن يغتسل معاً أو يغتسل كل واحد منهما بفضل صاحبه لان المغتسلين معا كل واحد منهما مغتسل بفضل صاحبه وصحح حديث مجبوءة مع هذا الحديث ورجحه على حديث الغفاري فقال بطهر الاسأر على الاطلاق وأما من رجح حديث الغفاري على حديث مجبوءة وهو مذهب أبي محمد بن خزم وجمع بين حديث الغفاري وحديث

اغتسال النبي مع أزواجه من اناء واحد بأن فرق بين الاغتسال معا وبين أن يغتسل أحدهما بفضل الآخر وعمل على هذين الحديثين فقط أجاز للرجل أن يتطهر مع المرأة من اناء واحد ولم يجز أن يتطهر هو من فضل طهرها وأجاز أن تتطهر هي من فضل طهره وأما من ذهب مذهب الجمع بين الأحاديث كلها ما خلا حديث ميمونة فإنه أخذ بحديث عبد الله بن مسرجس لأنه يمكن أن يجمع عليه حديث الغفاري وحديث غسل النبي صلى الله عليه وسلم مع أزواجه من اناء واحد ويكون فيه زيادة وهي ألا تتوضأ المرأة أيضا بفضل الرجل لكن يعارضه حديث ميمونة وهو حديث خرجه مسلم لكن قد علمه كإقلنا بعض الناس من أن بعض رواته قال فيه أكثر نظي أو أكثر علمي أن أبا الشعثاء حدثني وأما من لم يجز لواحد منهما أن يتطهر بفضل صاحبه ولا يشرعان معا فله لم يبلغه من الأحاديث الأحاديث الحكم الغفاري وقاس الرجل على المرأة وأما من نهى عن سؤر المرأة الجنث والحائض فقط فلست أعلم له حجة إلا أنه مروى عن بعض السلف أحسبه عن ابن عمر (المسئلة السادسة) صار أبو حنيفة من بين معظم أصحابه وفقهاء الأمصار إلى إجازة الوضوء بنبيذ النمر في السفر لحديث ابن عباس أن ابن مسعود خرج مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ليلة الجن فسأله رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال هل معك من ماء فقال لي نبيذ فإدأني فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أصيب فتوضأ به وقال شراب وطهور وحديث أبي رافع مولى ابن عمر عن عبد الله بن مسعود بمثله وفيه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ثمرة طيبة وماء طهور وزعموا أنه منسوب إلى الصحابة علي وابن عباس وأنه لا يخالف لهم من الصحابة فكان كالأجاء عندهم ورد أهل الحديث هذا الخبر ولم يقبلوه لضعف رواته ولأنه قد روي من طرق أوثق من هذه الطرق أن ابن مسعود لم يكن مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ليلة الجن واحتج الجمهور لردها الحديث بقوله تعالى (فلم يجدوا ماء فتييموا صعيدا طيبا) قالوا فلم يجعل ههنا وسطا بين الماء والصعيد وبقوله عليه الصلاة والسلام الصعيد الطيب وضوء المسلم وإن لم يجد الماء إلى عشر حجج فإذا وجد الماء فلم يمسسه بشرته ولهم أن يقولوا أن هذا قد أطلق عليه في الحديث اسم الماء والزيادة لا تقتضي نسخا فيعارضها الكتاب لكن هذا مخالف لقولهم أن الزيادة نسخ

باب الرابع في نواقض الوضوء

والاصل في هذا الباب قوله تعالى (أوجاء أحد منكم من الغائط أو لامستم النساء) وقوله عليه الصلاة والسلام لا يقبل الله صلاة من أحدث حتى يتوضأ وأنفقوا في هذا الباب على انتقاض الوضوء من البول والغائط والريح والمذي والودي لصحة الآثار في ذلك إذا كان خروجها على وجه الصحة ويتعلق بهذا الباب مما اختلفوا فيه سبع مسائل تجرى منه مجرى القواعد لهذا الباب (المسئلة الاولى) اختلف علماء الأمصار في انتقاض الوضوء بما يخرج من الجسد من النجس على ثلاثة مذاهب فاعتبر قوم في ذلك الخارج وحده من أي موضع خرج وعلى أي جهة خرج وهو أبو حنيفة وأصحابه والثوري وأحمد وجاعة ولهم من الصحابة سلف فقالوا كل نجاسة تسيل من الجسد وتخرج منه يجب منها الوضوء كالدم والرافع الكثير والفصد والحجامة والتيء الإلباس عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف من أصحاب أبي حنيفة أنه إذا ملأ الفم ففيه الوضوء ولم يعتبر أحد من هؤلاء اليسير من الدم إلا بجهد

واعتبر قوم آخرون المخرجين الذكر والدبر فقالوا كل ما خرج من هذين السبيلين فهو ناقض للوضوء من أى شئ خرج من دم أو حصا أو بلغم وعلى أى وجه خرج كان خروجه على سبيل الصحة أو على سبيل المرض ومن قال بهذا القول الشافعى وأصحابه ومحمد بن عبد الحكم من أصحاب مالك واعتبر قوم آخرون الخارج والمخرج وصفة الخروج فقالوا كل ما خرج من السبيلين مما هو معتاد خروجه وهو البول والغائط والمذى والودى والريح إذا كان خروجه على وجه الصحة فهو ينقض الوضوء فلم يروا فى الدم والحصاة والسود وضوء ولا فى السلس ومن قال بهذا القول مالك وجل أصحابه والسبب فى اختلافهم أنه لما أجمع المسلمون على انتقاض الوضوء مما يخرج من السبيلين من غائط و بول وريح ومذى لظاهر الكتاب ولتظاهر الآثار بذلك نظر إلى ذلك ثلاث احتمالات أحدها أن يكون الحكم انما علق بأعيان هذه الأشياء فقط المتفق عليها على ما رآه مالك رحمه الله الاحتمال الثانى أن يكون الحكم انما علق بهذه من جهة انها أنجاس خارجة من البدن لكون الوضوء طهارة والطمهارة انما يؤثر فيها النجس والاحتمال الثالث أن يكون الحكم أيضا انما علق بهما من جهة انها خارجة من هذين السبيلين فيكون على هذين القولين الأخيرين ورود الأمر بالوضوء من تلك الاحداث المجمع عليها انما هو من باب الخاص أريد به العام ويكون عند مالك وأصحابه انما هو من باب الخاص المحمول على خصوصه فالشافعى وأبو حنيفة اتفقا على أن الأمر بهما هو من باب الخاص أريد به العام واختلفا أى عام هو الذى قصده فمالك يرجع مذهبه بأن الأصل هو أن يحمل الخاص على خصوصه حتى يدل الدليل على غير ذلك والشافعى محتج بأن المراد به المخرج لا الخارج بانفاقهم على إيجاب الوضوء من الريح الذى يخرج من أسفل وعدم إيجاب الوضوء منه اذا خرج من فوق وكلاهما ذات واحدة والفرق بينهما اختلاف المخرجين فكان هذا تنبيهاعلى أن الحكم للمخرج وهو ضعيف لأن الريحين مختلفان فى الصفة والرائحة وأبو حنيفة يحتج لأن المقصود بذلك هو الخارج النجس لكون النجاسة مؤثرة فى الطهارة وهذه الطهارة وإن كانت طهارة حكمية فإن فيها شها من الطهارة المعنوية أعنى طهارة النجس وبحديث ثوبان أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قاء فتوضأ وعمارى عن عمر وابن عمر رضى الله عنهما من إيجابهما الوضوء من الرعاف وعمارى عن عمر رضى الله عليه وسلم المستحاضة بالوضوء لكل صلاة فكان المفهوم من هذا كله عند أبى حنيفة الخارج النجس وانما اتفق الشافعى وأبو حنيفة على إيجاب الوضوء من الاحداث المتفق عليها وإن خرجت على جهة المرض لأمره صلى الله عليه وسلم بالوضوء عند كل صلاة المستحاضة والاستحاضة مرض وأما مالك ف رأى أن المرض له ههنا تأثير فى الرخصة قياسا أيضا على ما روى أيضا من أن المستحاضة لم تؤمر الا بالغسل فقط وذلك أن حديث فاطمة بنت أبى حيش هذا هو متفق على صحته ويختلف فى هذه الزيادة فيه أعنى الأمر بالوضوء لكل صلاة ولكن صححها أبو عمر بن عبد البر وقياسا على من يغلبه السم من جرح ولا ينقطع مثل ما روى أن عمر رضى الله عنه صلى وجهه يشغب دما (المسئلة الثانية) اختلف العلماء فى النوم على ثلاثة مذاهب فقوم رأوا أنه حدث فأوجبوا من قليله وكثيره الوضوء وقوم رأوا أنه ليس بحدث فلم يوجبوا منه الوضوء الا اذا تيقن بالحدث على منذهب من لا يعتبر الشك واذا شك على منذهب من يعتبر الشك حتى أن بعض السلف كان يوكل بنفسه اذا نام من

يتفقده حاله أعنى هل يكون منه حدث أم لا وقوم فرقوا بين النوم القليل الخفيف والكثير المستقل فأوجبوا في الكثير المستقل الوضوء دون القليل وعلى هذا فقهاء الامصار والجمهور ولما كانت بعض الهيئات يعرض فيها الاستقلال من النوم أكثر من بعض وكذلك خروج الحدث اختلاف الفقهاء في ذلك فقال مالك من نام مضطجعا أو ساجدا فعليه الوضوء طويلا كان النوم أو قصيرا ومن نام جالسا فلا وضوء عليه إلا أن يطول ذلك به واختلف القول في منبهه في الرأخ فرة قال حكمه حكم القائم ومرة قال حكمه حكم الساجد وأما الشافعي فقال على كل نائم كيفما نام الوضوء الامن نام جالسا وقال أبو حنيفة وأصحابه لا وضوء الا على من نام مضطجعا وأصل اختلافهم في هذه المسئلة اختلاف الآثار الواردة في ذلك وذلك أن ههنا أحاديث يوجب ظاهرها أنه ليس في النوم وضوء أصلا كحديث ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم دخل الى ميمونة فنام عندها حتى سمعنا غطيته ثم صلى ولم يتوضأ وقوله عليه الصلاة والسلام اذا نعت أحدكم في الصلاة فليرقد حتى يذهب عنه النوم فإنه له يذهب أن يستغفر ربه فيسب نفسه وماروى أيضا أن أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم كانوا ينامون في المسجد حتى تخفق رؤوسهم ثم يصلون ولا يتوضئون وكلها آثار ثابتة وههنا أيضا أحاديث يوجب ظاهرها أن النوم حدث وأينها في ذلك حديث صفوان بن عسال وذلك أنه قال كما في سفر مع النبي صلى الله عليه وسلم فأمرنا ألا نزع خفافنا من غائط وبول ونوم ولا نزعنا الامن جنبه فسوى بين البول والغائط والنوم محضه الترمذي ومنها حديث أبي هريرة المتقدم وهو قوله عليه الصلاة والسلام اذا استيقظ أحدكم من النوم فليغسل يده قبل أن يدخلها في وضوءه فان ظاهرها أن النوم يوجب الوضوء قليله وكثيره وكذلك يدل ظاهر آية الوضوء عند من كان عنده المعنى في قوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا اذا قمتم الى الصلاة) أي اذا قمتم من النوم على ما روى عن زيد بن أسلم وغيره من السلف فلما تعارضت ظواهر هذه الآثار ذهب العلماء فيها مذهبين مذهب الترجيع ومذهب الجمع فن ذهب مذهب الترجيع اما سقط وجوب الوضوء من النوم أصلا على ظاهر الاحاديث التي تسقطه واما أوجه من قليله وكثيره على ظاهر الاحاديث التي توجبها أيضا أعنى على حسب ما ترجع عنده من الاحاديث الموجبة أو من الاحاديث المسقطه ومن ذهب بمذهب الجمع حل الاحاديث الموجبة للوضوء منه على الكثير والمسقطه للوضوء على القليل وهو كما قلنا مذهب الجمهور والجمع أولى من الترجيع ما أسكن الجمع عند أكثر الاصوليين وأما الشافعي فلما جعلها على ان استثنى من هيئات النائم الجالس فقط لانه قد صرح ذلك عن الصحابة أعنى انهم كانوا ينامون جالسا ولا يتوضئون ويصلون وانما أوجه أبو حنيفة في النوم في الاضطجاع فقط لان ذلك ورد في حديث مرفوع وهو أنه عليه الصلاة والسلام قال انما الوضوء على من نام مضطجعا والرواية بذلك ثابتة عن عمر وأما مالك فلما كان النوم عنده انما ينقض الوضوء من حيث كان غالب اسبابا للحدث راعى فيه ثلاثة أشياء الاستقلال أو الطول أو الهيئته فلم يشترط في الهيئته التي يكون منها خروج الحدث غالبا لا الطول ولا الاستقلال واشترط ذلك في الهيئات التي لا يكون خروج الحدث منها غالبا (المسئلة الثالثة) اختلف العلماء في ايجاب الوضوء من لمس النساء باليد أو بغير ذلك من الاعضاء الحساسة فذهب قوم الى أن من لمس امرأة بيده مغضيا اليها ليس بينها وبينه حجاب ولا ستر فعليه الوضوء

وَكذلك من قبلها لان القبلة عندهم ليس ماسواً للتدأ لم يلتد وبهذا القول قال الشافعي وأصحابه الا انه
مرة فرق بين اللامس والملموس فأوجب الوضوء على اللامس دون الملموس ومرة سوى بينهما ومرة
أيضا فرق بين ذوات المحارم والزوجة فأوجب الوضوء من لمس الزوجة دون ذوات المحارم ومرة سوى
بينهما وذهب آخرون الى ايجاب الوضوء من اللامس اذا قرنته اللذة أو قصد اللذة في تفصيل لهم في ذلك وقع
بمحال أو بغير محال بأى عضو اتفق ماعدا القبلة فانهم لم يشترطوا لذة في ذلك وهو مذهب مالك وجهور
أصحابه ونفى قوم ايجاب الوضوء من لمس النساء وهو مذهب أبى حنيفة ولكل سلف من الصحابة
الاشتراط للذة فأتى لأذكر أحدا من الصحابة اشتراطها وسبب اختلافهم في هذه المسئلة اشتراك اسم
اللمس في كلام العرب فان العرب تطلقه مرة على اللامس الذى هو باليد ومرة تنكبه به عن الجماع فذهب
قوم الى أن اللامس الموجب للطهارة آية الوضوء هو الجماع في قوله تعالى (أو لامستم النساء) وذهب
آخرون الى أنه اللامس باليد ومن هؤلاء من رآه من باب العام أريد به الخاص فاشتراط فيه اللذة ومنهم من رآه
من باب العام أريد به العام فلم يشترط اللذة فيه ومن اشترط اللذة فأنما دعاه الى ذلك ما عارض عموم الآية
من أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يلمس عائشة عند سجوده بيده وربما لمسته وخرج أهل الحديث
حديث حبيب بن أبى ثابت عن عروة عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قبل بعض نسائه ثم خرج
الى الصلاة ولم يتوضأ فقلت من هي الأنت فضحكت قال أبو عمر هذا الحديث وهنه المجازيون ومهجه
الكوفيون والى تصحيحه مال أبو عمر بن عبد البر قال وروى هذا الحديث أيضا من طريق معبد
ابن نباتة وقال الشافعي ان ثبت حديث معبد بن نباتة في القبلة لم أر فيها ولا في اللامس وضواً وقد احتج من
أوجب الوضوء من اللامس باليد بأن اللامس يطلق حقيقة على اللامس باليد وينطلق مجازاً على الجماع وأنه اذا
تردد اللفظ بين الحقيقة والمجاز فالاولى أن يحمل على الحقيقة حتى يدل الدليل على المجاز ولاولئك أن
يقولوا ان المجاز اذا كثر استعماله كان أدل على المجاز منه على الحقيقة كالحال في اسم الغائط الذى هو
أدل على الحدث الذى هو فيه مجاز منه على المطمئن من الارض الذى هو فيه حقيقة والذى اعتقده أن
اللمس وان كانت دلالاته على المعنيين بالسواء أو قريبا من السواء أنه أظهر عندى في الجماع وان كان مجازاً
لان الله تبارك وتعالى قد كنى بالمباشرة واللمس عن الجماع وهما في معنى اللامس وعلى هذا التأويل في الآية
يحتج بها في اجازة التيمم للجنب دون تقدير تقديم فيها ولا تأخير على ماسياتى بعد وترتفع المعارضة التى
بين الآثار والآية على التأويل الآخر وأما من فهم من الآية اللامس معا فضعيف فان العرب اذا خاطبت
بالاسم المشترك إنما تقصده معنى واحداً من المعانى التى يدل عليها الاسم لاجمع المعانى التى يدل عليها
وهذا بين بنفسه في كلامهم (المسئلة الرابعة) من الذكر اختلاف العلماء فيه على ثلاثة مذاهب فمنهم
من رأى الوضوء فيه كيفنا مسه وهو مذهب الشافعي وأصحابه وأحمد وداود ومنهم من لم يرف فيه وضواً
أصلاً وهو أبو حنيفة وأصحابه ولكلا الفريقين سلف من الصحابة والتابعين وقوم فرقوا بين أن يمسه
بمحال أو لا يمسه بتلك الحال وهؤلاء افرقوا فيه فرقاً فمنهم من فرق فيه بين أن يلتد أو لا يلتد ومنهم من
فرق بين أن يمسه بباطن الكف أو لا يمسه فأوجبوا الوضوء مع اللذة ولم يوجبوه مع عدمها وكذلك
أوجبوه قوم مع اللامس بباطن الكف ولم يوجبوه مع اللامس بظاهرها وهذا ان الاعتبار ان مرويان عن أصحاب

مالك وكأن اعتبار باطن الكف راجع الى اعتبار سبب اللذة وفرق قوم في ذلك بين العمدة والنسيان فأوجبوا الوضوء منه مع العمدة ولم يوجبوه مع النسيان وهو مروى عن مالك وهو قول داود وأصحابه ورأى قوم أن الوضوء من مسه ستة لأوجب قال أبو عمر وهذا الذي استقر من منذهب مالك عند أهل المقرب من أصحابه والرواية عنه فيه مضطربة وسبب اختلافهم في ذلك أن فيه حديثين متعارضين أحدهما الحديث الوارد من طريق بسرة أنها سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول إذا مس أحدكم ذكره فليتوضأ وهو أشهر الأحاديث الواردة في إيجاب الوضوء من مس الذكر خرجته مالك في الموطأ وصححه يحيى بن معين وأحمد بن حنبل وضعفه أهل الكوفة وقبروى أيضاً معناه من طريق أم حبيبة وكان أحمد بن حنبل يصححه وقد روى أيضاً معناه من طريق أبي هريرة وكان ابن السكن أيضاً يصححه ولم يخرج به البخاري ولا مسلم والحديث الثاني المعارض له حديث طلق بن علي قال قدمنا على رسول الله صلى الله عليه وسلم وعنده رجل كأنه يدوي فقال يا رسول الله ما ترى في مس الرجل ذكره بعد أن يتوضأ فقال وهل هو الا بضعة منك خرجته أيضاً أبو داود والترمذي وصححه كثير من أهل العلم الكوفيون وغيرهم فنذهب العلماء في تأويل هذه الأحاديث أحمد منبهين امامنا منذهب الترجيح أو النسخ وامامنا منذهب الجمع فمن رجح حديث بسرة أو رآه ناسخاً لحديث طلق بن علي قال بإيجاب الوضوء من مس الذكر ومن رجح حديث طلق بن علي أسقط وجوب الوضوء من مسه ومن رام أن يجمع بين الحديثين أوجب الوضوء منه في حال ولم يوجب في حال أو حل حديث بسرة على النذب وحديث طلق بن علي على نفي الوجوب والاحتجاجات التي يحتج بها كل واحد من الفريقين في ترجيح الحديث الذي رجحه كثيرة يطول ذكرها وهي موجودة في كتبهم ولكن نكتة اختلافهم هو ما أثرنا ليه (المسئلة الخامسة) اختلاف الصدر الأول في إيجاب الوضوء من أكل مامسته النار لاختلاف الآثار الواردة في ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم واتفق جمهور فقهاء الأمصار بعد الصدر الأول على سقوطه إذ صح عندهم أنه جعل الخلفاء الأربعة ولما ورد من حديث جابر أنه قال كان آخر الأمرين من رسول الله صلى الله عليه وسلم ترك الوضوء مما مست النار خرجة أبو داود ولكن ذهب قوم من أهل الحديث أحمد واسحق وطائفة غيرهم أن الوضوء يجب فقط من أكل لحم الجزور لثبوت الحديث الوارد بذلك عنه عليه الصلاة والسلام (المسئلة السادسة) شذأ بوخيفة فأوجب الوضوء من الضحك في الصلاة لم يرسل أبي العالية وهو أن قوماً فتحكوا في الصلاة فأمرهم النبي صلى الله عليه وسلم بإعادة الوضوء والصلاة ورد الجمهور هذا الحديث لكونه مرسلًا ونخافته للأصول وهو أن يكون شيء ما ينقض الطهارة في الصلاة ولا ينقضها في غير الصلاة وهو مرسل صحيح (المسئلة السابعة) وقد شذ قوم فأوجبوا الوضوء من حل الميت وفيه أثر ضعيف من غسل ميتاً فليغتسل ومن حله فليتوضأ وينبغي أن تعلم أن جمهور العلماء أوجبوا الوضوء من زوال العقل بأي نوع كان من قبل اغماء أو جنون أو سكر وهؤلاء كلهم قاسوه على النوم أعنى أنهم رأوا أنه إذا كان النوم يوجب الوضوء في الحالة التي هي سبب للحديث غالباً وهو الاستئصال فأحرى أن يكون ذهب العقل سبباً لذلك فهذه هي مسائل هذا الباب المجمع عليها والمشهورات من المختلف فيها وينبغي أن نصير إلى الباب الخامس

باب الخامس

وهو معرفة الأفعال التي تشترط هذه الطهارة في فعلها والاصل في هذا الباب قوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا إذا قمتم إلى الصلاة) الآية وقوله عليه الصلاة والسلام لا يقبل الله صلاة بغير طهور ولا صدقة من غلول فاتفق المسلمون على أن الطهارة شرط من شروط الصلاة لمكان هذا وإن كانوا اختلفوا هل هي شرط من شروط الصحة أو من شروط الوجوب ولم يختلفوا أن ذلك شرط في جميع الصلوات الا في صلاة الجنائز وفي السجود أعني سجود التلاوة فإن فيه خلافا شاذا والسبب في ذلك الاحتمال العارض في انطلاق اسم الصلاة على الصلاة على الجنائز وعلى السجود فمن ذهب الى ان اسم الصلاة ينطلق على صلاة الجنائز وعلى السجود بنفسه وهم الجمهور اشترط هذه الطهارة فيهما ومن ذهب الى انه لا ينطلق عليهما اذا كانت صلاة الجنائز ليس فيها ركوع ولا سجود وكان السجود أيضا ليس فيه قيام ولا ركوع لم يشترطوا هذه الطهارة فيهما ويتعاقب بهذا الباب مع هذه المسئلة أربع مسائل (المسئلة الاولى) هل هذه الطهارة شرط في مس المصحف أم لا فذهب مالك وأبو حنيفة والشافعي الى انها شرط في مس المصحف وذهب أهل الظاهر الى انها ليست بشرط في ذلك والسبب في اختلافهم تردد مفهوم قوله تعالى (لا يمسه الا المطهرون) بين ان يكون المطهرون هم بنو آدم وبين ان يكونوا هم الملائكة وبين ان يكون هذا الخبر مفهومه النهي وبين ان يكون خبرا لانها في فهم من المطهرين بنو آدم وفهم من الخبر النهي قال لا يجوز ان يمس المصحف الا طاهر ومن فهم منه الخبر فقط وفهم من لفظ المطهرين الملائكة قال انه ليس في الآية دليل على اشتراط هذه الطهارة في مس المصحف واذا لم يكن هنالك دليل لامن كتاب ولامن سنة ثابتة بقي الامر على البراءة الاصلية وهي الاباحة وقد احتج الجمهور لمنهجهم بحديث عمرو بن حزم أن النبي عليه الصلاة والسلام كتب لا يمس القرآن الا طاهر وأحاديث عمرو بن حزم تختلف الناس في وجوب العمل بها لانها مصحفة ورأيت ابن المنقوز يصححها اذا روتها الثقات لأنها كتاب النبي عليه الصلاة والسلام وكذلك أحاديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده وأهل الظاهر يردونها ورخص مالك للصبيان في مس المصحف على غير طهر لأنهم غير مكلفين (المسئلة الثانية) اختلف الناس في ايجاب الوضوء على الجنب في أحوال أحدها اذا أراد أن ينام وهو جنب فذهب الجمهور الى استحبابه دون وجوبه وذهب أهل الظاهر الى وجوبه لثبوت ذلك عن النبي صلى الله عليه وسلم من حديث عمرانه ذكر كر رسول الله صلى الله عليه وسلم انه تصيبه جنابة من الليل فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم توضأ واغسل ذكرك ثم تم وهو أيضا يرى عنه من طريق عائشة وذهب الجمهور الى حل الأمر بذلك على التذب والعدول به عن ظاهره لمكان عدم مناسبة وجوب الطهارة لارادة النوم أعني المناسبة الشرعية وقد احتجوا أيضا لذلك بأحاديث أثبتتها حديث ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج من الخلاء فأتى بطعام فقالوا ألا تأتيناك بظهر فقال أأصلي فأتوضأ وفي بعض رواياته فقيل له ألا تتوضأ فقال ما أردت الصلاة فأتوضأ والاستدلال به ضعيف فانه من باب مفهوم الخطاب من أضعف أنواعه وقد احتجوا بحديث عائشة انه عليه الصلاة والسلام كان ينام وهو جنب لا يمس الماء الا انه حديث ضعيف وكذلك اختلفوا في وجوب الوضوء على الجنب.

الذي يريد أن يأكل أو يشرب وعلى الذي يريد أن يعاود أهله فقال الجمهور في هذا كله باستسقاط الوجوب لعدم مناسبة الطهارة لهذه الأشياء وذلك أن الطهارة إنما فرضت في الشرع لأحوال التعظيم كالصلاة وأيضا فلمكان تعارض الآثار في ذلك وذلك أنه روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه أمر الجنب إذا أراد أن يعاود أهله أن يتوضأ وروى عنه أنه كان يجامع ثم يعاود ولا يتوضأ وكذلك روى عنه منع الأكل والشرب للجنب حتى يتوضأ وروى عنه إباحة ذلك (المسئلة الثالثة) ذهب مالك والشافعي إلى اشتراط الوضوء في الطواف وذهب أبو حنيفة إلى إسقاطه وسبب اختلافهم تردد الطواف بين أن يلحق حكمه بحكم الصلاة أو لا يلحق وذلك أنه ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم منع الحائض الطواف كما منعها الصلاة فأشبه الصلاة من هذه الجهة وقد جاء في بعض الآثار تسمية الطواف صلاة وحجة أبي حنيفة أنه ليس كل شيء منعه الحيض فالطهارة شرط في فعله إذا ارتفع الحيض كالصوم عند الجمهور (المسئلة الرابعة) ذهب الجمهور إلى أنه يجوز لغير متوضئ أن يقرأ القرآن ويذكر الله وقال قوم لا يجوز ذلك له إلا أن يتوضأ وسبب الخلاف حديثان متعارضان ثابتان أحدهما حديث أبي جهم قال أقبل رسول الله صلى الله عليه وسلم من نحو بئر جبل فلقى رجل فسلم عليه فلو رد عليه حتى أقبل على الجدار ففسح بوجهه وبديه ثم أنه رد عليه الصلاة والسلام والحديث الثاني حديث علي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان لا يحجبه عن قراءة القرآن شيء إلا الجنبه فصار الجمهور إلى أن الحديث الثاني ناسخ للاول وصار من أوجب الوضوء لذكر الله إلى ترجيح الحديث الاول

﴿ كتاب الغسل ﴾

والاصل في هذه الطهارة قوله تعالى (وإن كنتم جنبا فاطهروا) والكلام المحيط بقواعدها ينحصر بعد المعرفة بوجودها وعلي من يجب ومعرفة ما به تفعل وهو الماء المطلق في ثلاثة أبواب الباب الأول في معرفة العمل في هذه الطهارة والثاني في معرفة نواقض هذه الطهارة والباب الثالث في معرفة أحكام نواقض هذه الطهارة فاما على من يجب فعلى كل من زيمته الصلاة ولا خلاف في ذلك وكذلك لا خلاف في وجوبها ودلائل ذلك هي دلائل الوضوء بعينها وقد ذكرناها وكذلك أحكام المياه قد تقدم القول فيها

﴿ الباب الأول ﴾

وهذا الباب يتعاقب به أربع مسائل (المسئلة الاولى) اختلف العلماء هل من شرط هذه الطهارة امرار اليد على جميع الجسد كالحال في طهارة أعضاء الوضوء أم يكفي فيها إفاضة الماء على جميع الجسد وإن لم يمر يديه على بدنه فأكثر العلماء على أن إفاضة الماء كافية في ذلك وذهب مالك وجعل أمحجبه والمزني من أمحجب الشافعي إلى أنه إن فات المتطهر موضع واحد من جسده لم يمر يده عليه إن طهره لم يكمل بعد والسبب في اختلافهم اشتراك اسم الغسل ومعارضة ظاهر الأحاديث الواردة في صفة الغسل لقياس الغسل في ذلك على الوضوء وذلك أن الأحاديث الثابتة التي وردت في صفة غسله عليه الصلاة والسلام من حديث عائشة وميمونة ليس فيها ذكر التلك وإنما فيها إفاضة الماء فقط في حديث عائشة قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا اغتسل من الجنابة يبدأ فيغسل يديه ثم يفرغ يمينه على شماله فيغسل فرجه ثم يتوضأ وضوءا للصلاة ثم يأخذ الماء فيدخل أصابعه في أصول الشعر ثم يصب على رأسه ثلاث غرقات

ثم يفيض الماء على جلده كله والصفة الواردة في حديث ميمونة قريبة من هذه إلا أنه أخر غسل رجله من أعضاء الوضوء إلى آخر الطهر وفي حديث أم سلمة أيضاً وقد سأله عليه الصلاة والسلام هل تنقض صفراً رأسها لغسل الخنابة فقال عليه الصلاة والسلام إنما يكفيك أن تحثي على رأسك الماء ثلاث حشيات ثم تفيض عليك الماء فإذا أنت قد طهرت وهو أقوى في إسقاط التدلك من تلك الأحاديث الأخرى لأنه يمكن هناك أن يكون الواصف للطهر قد ترك التدلك وأما ههنا فأنما حصرها شروط الطهارة ولذلك أجمع العلماء على أن صفة الطهارة الواردة من حديث ميمونة وعائشة هي أكمل صفاتها وأن ما ورد في حديث أم سلمة من ذلك فهو من أركانها الواجبة وأن الوضوء في أول الطهر ليس من شرط الطهر إلا خلافاً لما روي عن الشافعي وفيه قوة من جهة ظواهر الأحاديث وفي قول الجمهور وقوة من جهة النظر لأن الطهارة ظاهر من أمرها أنها شرط في صحة الوضوء لأن الوضوء شرط في صحتها فهو من باب معارضة القياس لظاهر الحديث وطريقة الشافعي تغليب ظاهر الأحاديث على القياس فنذهب قوم كما قلنا إلى ظاهر الأحاديث وغلبوا ذلك على قياسها على الوضوء فلم يوجبوا التدلك وغلب آخرون قياس هذه الطهارة على الوضوء على ظاهر هذه الأحاديث فأوجبوا التدلك كالحال في الوضوء فنرجح القياس صار إلى إيجاب التدلك ومن رجح ظاهر الأحاديث على القياس صار إلى إسقاط التدلك وأعني بالقياس قياس الطهر على الوضوء وأما الاحتجاج من طريق الاسم ففيه ضعف إذ كان اسم الطهر والغسل ينطبق في كلام العرب على المعنيين جميعاً على حد سواء (المسألة الثانية) اختلفوا هل من شروط هذه الطهارة النية أم لا كماختلفهم في الوضوء فنذهب مالك والشافعي وأحمد وأبو ثور ودาวود وأصحابه إلى أن النية من شروطها وذهب أبو حنيفة وأصحابه والثوري إلى أنها تجزئ بغير نية كالحال في الوضوء عندهم وسبب اختلافهم في الطهر هو بعينه سبب اختلافهم في الوضوء وقد تقدم ذلك (المسألة الثالثة) اختلفوا في المضمضة والاستنشاق في هذه الطهارة أيضاً كماختلفهم فيهما في الوضوء أعني هل هما واجبان فيها أم لا فنذهب قوم إلى أنها غير واجبتين فيها وذهب قوم إلى وجوبهما وعن ذهب إلى عدم وجوبهما مالك والشافعي وعن ذهب إلى وجوبهما أبو حنيفة وأصحابه وسبب اختلافهم معارضة ظاهر حديث أم سلمة للأحاديث التي نقلت من صفة وضوئه عليه الصلاة والسلام في طهره وذلك أن الأحاديث التي نقلت من صفة وضوئه في الطهر فيها المضمضة والاستنشاق وحديث أم سلمة ليس فيه أمر بالمضمضة ولا باستنشاق فنحن جعل حديث عائشة وميمونة مقسراً لمجموع حديث أم سلمة ولقوله تعالى (وإن كنتم جنابا ظهروا) أوجب المضمضة والاستنشاق ومن جعله معارضاً جع بينهما بأن جعل حديثي عائشة وميمونة على الندب وحديث أم سلمة على الوجوب ولهذا السبب بعينه اختلفوا في تحليل الرأس هل هو واجب في هذه الطهارة أم لا ومنه مالك أنه مستحب ومنه غير أنه واجب وقد عارضه منه من أوجب التحليل بما روي عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال تحت كل شعرة جنابة فانقوا البشر وبأوا الشعر (المسألة الرابعة) اختلفوا هل من شرط هذه الطهارة الغور والترتيب أم ليسا من شرطها كماختلفهم من ذلك في الوضوء وسبب اختلافهم في ذلك هل فعله عليه الصلاة والسلام محمول على الوجوب أو على الندب فإنه لم ينقل عنه عليه الصلاة والسلام أنه توضأ قط الأمر تبامتوا إليه وقد ذهب قوم إلى أن الترتيب في هذه

الطهارة أي من منها في الوضوء وذلك بين الرأس وسائر الجسد لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث أم سامة انما يكفيك ان تحثي على رأسك ثلاث حشيات ثم تقيضي الماء على جسدك وحرف ثم يقتضي الترتيب بلا خلاف بين أهل اللغة

﴿ الباب الثاني في معرفة النواقض لهذه الطهارة ﴾

والأصل في هذا الباب قوله تعالى (وان كنتم جنبا فاطهروا) وقوله (ويسألونك على الحيض قل هو أذى) الآية واتفق العلماء على وجوب هذه الطهارة من حدثين أحدهما خروج المني على وجه الصحة في النوم أو في البقطة من ذكر كان أو أنثى الاماروى عن النخعي من انه كان لا يرى على المرأة غسل من الاحتلام وانما اتفق الجمهور على مساواة المرأة في الاحتلام للرجل لحديث أم سلمة الثابت انها قالت يا رسول الله المرأة ترى في المنام مثل ما يرى الرجل هل عليها غسل قال نعم اذا رأت الماء وأما الحديث الثاني الذي اتفقوا أيضا عليه فهو دم الحيض أعني اذا انقطع وذلك أيضا لقوله تعالى (ويسألونك عن الحيض) الآية وتعليقه الغسل من الحيض لعائشة وغيرها من النساء واختلفوا في هذا الباب بما يجري مجرى الأصول في مستلئين مشهورتين (المسئلة الأولى) اختلف الصحابة رضى الله عنهم في سبب ايجاب الطهر من الوطء فمنهم من رأى الطهر واجبا في التقاء الختانين أنزل أولم ينزل وعليه أكثر فقهاء الامصار مالك وأصحابه والشافعي وأصحابه وجاعة من أهل الظاهر وذهب قوم من أهل الظاهر الى ايجاب الطهر مع الانزال فقط والسبب في اختلافهم في ذلك تعارض الأحاديث في ذلك لأنه ورد في ذلك حديثان ثابتان اتفق أهل الصحيح على تحريجهما (قال) القاضي رضى الله عنه ومتى قلت ثابت فانما أعني به ما أخرجه البخارى أو مسلم أو ما اجمعه عليه أحدهما حديث أبي هريرة عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال اذا قعد دين شعبا الأربع وأزق الختان بالختان فقد وجب الغسل والحديث الثاني حديث عثمان انه سئل فقيل له رأيت الرجل اذا جامع أهله ولم يمن قال عثمان يتوضأ كما يتوضأ للصلاة سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم فذهب العلماء في هذين الحديثين مذهبين أحدهما منهب النسخ والثاني منهب الرجوع الى ما عليه الاتفاق عند التعارض الذي لا يمكن الجمع فيه ولا الترجيح فالجمهور رأوا أن حديث أبي هريرة ناسخ لحديث عثمان ومن الحجّة لهم على ذلك ما روى عن أبي بن كعب انه قال ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اتماع جعل ذلك رخصة في أول الاسلام ثم أمر بالغسل خروجه أبو داود وأما من رأى ان التعارض بين هذين الحديثين هو مما لا يمكن الجمع فيه فينهجوا لا الترجيح فوجب الرجوع عنده الى ما عليه الاتفاق وهو وجوب الماء من الماء وقد رجح الجمهور حديث أبي هريرة من جهة القياس قالوا وذلك انه لما وقع الاجماع على ان مجاوزة الختانين توجب الحد وجب ان يكون هو الموجب للغسل وحكوا ان هذا القياس مأخوذ عن الخلفاء الاربعة ورجح الجمهور ذلك أيضا من حديث عائشة لاخبارها ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم خروجه مسلم وعليه ومنه خلاف العلماء في الصفة المعتبرة في كون خروج المني موجبا للطهر فذهب مالك الى اعتبار اللذة في ذلك وذهب الشافعي الى ان نفس خروجه هو الموجب للطهر سواء خرج بلذة أو بغيرة * وسبب اختلافهم في ذلك هو شيان أحدهما هل اسم الجنب ينطلق على الذي أجنب على الجهة الغير المعتادة أم ليس ينطلق عليه فمن رأى أنه

انما ينطلق على الذى اجنب على طريق العادة لم يوجب الطهر في خروجه من غيرلذة ومن رأى أنه ينطلق على خروج المني كيفما خرج أوجب منه الطهر وان لم يخرج معلذة والسبب الثاني تشبيه خروجه بغيرلذة بدم الاستحاضة واختلافهم في خروج الدم على جهة الاستحاضة هل يوجب طهراً أم ليس يوجبه فسنذكره في باب الحيض وان كان من هذا الباب وفي المذهب في هذا الباب فرع وهو اذا اتقل من أصل مجاريه بلذة ثم خرج في وقت آخر بغيرلذة مثل ان يخرج من المجمع بعد ان يتطهر فقليل بعيد الطهر وقيل لا يعيده وذلك ان هذا النوع من الخروج محبته اللذة في بعض نقلته ولم تصحبه في بعض فن غلب حال اللذة قال يجب الطهر ومن غلب حال عدم اللذة قال لا يجب عليه طهر

﴿ الباب الثالث في أحكام هذين الحدين أعنى الجنابة والحيض ﴾

أما أحكام الحديث الذى هو الجنابة ففيه ثلاثة مسائل (المسئلة الاولى) اختلف العلماء في دخول المسجد للجنب على ثلاثة أقوال فقوم منعوا ذلك باطلاق وهو مذهب مالك وأصحابه وقوم منعوا ذلك الا لغيره في لأمقيم ومنهم الشافعى وقوم أباحوا ذلك للجميع ومنهم داود وأصحابه فيما أحسب وسبب اختلاف الشافعى وأهل الظاهر هو تردد قوله تبارك وتعالى (يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى) الآية بين ان يكون في الآية مجاز حتى يكون هنالك محذوف مقدر وهو موضع الصلاة أى لا تقربوا موضع الصلاة ويكون عابرسبيل استثناء من النهى عن قرب موضع الصلاة وبين ألا يكون هنالك محذوف أصلاً وتكون الآية على حقيقتها ويكون عابر السبيل هو المسافر الذى عدم الماء وهو جنب فن رأى ان في الآية محذوفاً أجاز المرور للجنب في المسجد ومن لم يرد ذلك لم يكن عنده في الآية دليل على منع الجنب الإقامة في المسجد وأما من منع العبور في المسجد فلا أعلم له دليلاً الا ظاهر ما روى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال لا أحل المسجد للجنب ولا حائض وهو حديث غير ثابت عند أهل الحديث واختلافهم في الحائض في هذا المعنى هو اختلافهم في الجنب (المسئلة الثانية) مع الجنب المصحف ذهب قوم الى ايجازته وذهب الجمهور الى منعه وهم الذين منعوا أن يمسه غير متوضئ وسبب اختلافهم هو سبب اختلافهم في منع غير المتوضئ ان يمسه أى قوله لا يمسه الا المطهرون وقد ذكرنا سبب الاختلاف في الآية فيما تقدم وهو بعينه سبب اختلافهم في منع الحائض مسه (المسئلة الثالثة) قراءة القرآن للجنب اختلف الناس في ذلك فذهب الجمهور الى منع ذلك وذهب قوم الى اباحته والسبب في ذلك الاحتمال المتطرق الى حديث على انه قال كان عليه الصلاة والسلام لا يمنعه من قراءة القرآن شئ الا الجنابة وذلك ان قوماً قالوا ان هذا لا يوجب شيئاً لأنه ظن من الراوى ومن أين يعلم أحد ان ترك القراءة كان لموضع الجنابة الا لو أخبره بذلك والجمهور رأوا انه لم يكن على رضى الله عنه ليقول هذا عن نومه ولا ظن وانما قاله عن تحقق وقوم جعلوا الحائض في هذا الاختلاف بمنزلة الجنب وقوم فرقوا بينهما فأجازوا للحائض القراءة القليلة استحساناً لطول مقامها حائضاً وهو مذهب مالك فهذه هي أحكام الجنابة (وأما أحكام السماء الخارجة من الرحم) فالكلام المحيط بأصولها ينحصر في ثلاثة أبواب الأول معرفة أنواع النساء الخارجة من الرحم والثاني معرفة العلامات التى تدل على انتقال الطهر الى الحيض والحيض الى الطهر أو الاستحاضة والاستحاضة أيضاً الى الطهر والثالث معرفة أحكام الحيض والاستحاضة

أعنى موافقتهما وموجبتهما ونحن نذكر في كل باب من هذه الأبواب الثلاثة من المسائل ما يجري مجرى القواعد والاصول لجميع ما في هذا الباب على ما قصدنا إليه مما اتفقوا عليه واختلفوا فيه

﴿ الباب الأول ﴾

اتفق المسلمون على أن السماء التي تخرج من الرحم ثلاثة دم حيض وهو الخارج على جهة الصحة ودم استحاضة وهو الخارج على جهة المرض وأنه غير دم الحيض لقوله عليه الصلاة والسلام إنما ذلك عرق وليس بالحيضة ودم نفاس وهو الخارج مع الولد

﴿ الباب الثاني ﴾

أما معرفة علامات انتقال هذه السماء بعضها إلى بعض وانتقال الطهر إلى الحيض والحيض إلى الطهر فإن معرفة ذلك في الأكثر تنبني على معرفة أيام السماء المعتادة وأيام الاطهار ونحن نذكر منها ما يجري مجرى الاصول وهي سبع مسائل (المسئلة الاولى) اختلف العلماء في أكثر أيام الحيض وأقلها وأقل أيام الطهر فروى عن مالك أن أكثر أيام الحيض خمسة عشر يوماً به قال الشافعي وقال أبو حنيفة أكثره عشرة أيام وأما أقل أيام الحيض فلا حد لها عند مالك بل قد تكون الدفعة الواحدة عنده حيضاً إلا أنه لا يعتد بها في الاقراء في الطلاق وقال الشافعي أقله يوم وليلة وقال أبو حنيفة أقله ثلاثة أيام وأما أقل الطهر فاضطربت فيه الروايات عن مالك فروى عنه عشرة أيام وروى عنه ثمانية أيام وروى خمسة عشر يوماً وإلى هذه الرواية مال البغداديون من أصحابه وبها قال الشافعي وأبو حنيفة وقيل سبعة عشر يوماً وهو أقصى ما انعقد عليه الاجماع فيما أحسب وأما أكثر الطهر فليس له عندهم حدوداً كان هذا موضوعاً من أقوالهم فمن كان لأقل الحيض عنده قدر معلوم وجب أن يكون ما كان أقل من ذلك القدر إذا ورد في سن الحيض عنده استحاضة ومن لم يكن لأقل الحيض عنده قدر محدود وجب أن تكون الدفعة عنده حيضاً ومن كان أيضاً عنده أكثره محدود أوجب أن يكون ما زاد على ذلك القدر عنده استحاضة ولكن متحصل مذهب مالك في ذلك أن النساء على ضربين مبتدأة ومعتادة فالمبتدأة تترك الصلاة برؤية أول دم تراه إلى تمام خمسة عشر يوماً فإن لم ينقطع صلت وكانت مستحاضة وبه قال الشافعي إلا أن مالكا قال تصلى من حين تتيقن الاستحاضة وعند الشافعي إنها تعيد صلاة ما سلفها من الايام الأقل الحيض عنده وهو يوم وليلة وقيل عن مالك بل تعتد أيام لاداتها ثم تستظهر بثلاثة أيام فإن لم ينقطع الدم فهي مستحاضة وأما المعتادة ففيها روايتان عن مالك أحدهما بناؤها على عاداتها وزيادة ثلاثة أيام ما لم تتجاوز أكثر مدة الحيض والثانية جالسها إلى انقضاء أكثر مدة الحيض وأتعمل على التمييز أن كانت من أهل التمييز وقال الشافعي تعمل على أيام عاداتها وهذه الأقاويل كلها المختلفة فيها عند الفقهاء في أقل الحيض وأكثره وأقل الطهر لاستندها إلى التجربة والعادة وكل إنما قال من ذلك ما ظن أن التجربة بأوقفته على ذلك ولاختلاف ذلك في النساء عسراً يعرف بالتجربة حدود هذه الأشياء في أكثر النساء ووقع في ذلك هذا الخلاف الذي ذكرنا وإنما أجمعوا بالجملة على أن الدم إذا عمداً أكثر من مدة أكثر الحيض أنه استحاضة لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم الثابت لقاطمة بنت حيش فإذا أقبلت الحيضة فتركى الصلاة فإذا ذهبت قهرها فاعسلى عنك الدم وصلى والمتجاوزة لأمدأ أكثر

أيام الحيض قد ذهب عنها قدرها ضرورة وانما صار الشافعي ومالك رحمهم الله في المعتادة في احدي الروايتين عنه الى أنها تبني على عاداتها حديث أم سلمة الذي رواه في الموطأ ان امرأة كانت تهراق الدماء على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستفتت لها أم سلمة رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لتنظر الى عدد الليالي والأيام التي كانت تحيضهن من الشهر قبل أن يصيبها الذي أصابها فلتترك الصلاة قدر ذلك من الشهر فإذا خلقت ذلك فلتغتسل ثم لتستفر بثوب ثم لتصل فالحق وأحكم الحائض التي تشك في الاستحاضة بحكم الاستحاضة التي تشك في الحيض وانما رأى أيضا في المبتدأة ان يعتبر أيام لداتها لأن أيام لداتها شبيهة بأيامها فجعل حكمهما واحدا وأما الاستظهار الذي قال به مالك بثلاثة أيام فهو شيء انفرد به مالك وأصحابه رحمهم الله وخالفهم في ذلك جميع فقهاء المصالحا معدا الأوزاعي اذ لم يكن لذلك ذكر في الأحاديث الثابتة وقد روى في ذلك أثر ضعيف (المسئلة الثانية) ذهب مالك وأصحابه في الحائض التي تنقطع حيضتها وذلك بان تحيض يوما أو يومين وتطهر يوما أو يومين الى أنها تجمع أيام الدم بعضها الى بعض وتلقى أيام الطهر وتغتسل في كل يوم ترى فيه الطهر أول ما تراه وتصلي فانها لا تدرى لعل ذلك طهر فإذا اجتمع لها من أيام الدم خمسة عشر يوما فهي مستحاضة وبهذا القول قال الشافعي وروى عن مالك أيضا أنها تلتق أيام الدم وتعتبر بذلك أيام عاداتها فان ساوتها استظهرت بثلاثة أيام فان انقطع الدم والا فهي مستحاضة وجعل الأيام التي لا ترى فيها الدم غير معتبرة في العدد لا معنى له فانه لا تختلوا تلك الأيام ان تكون أيام حيض أو أيام طهر فان كانت أيام حيض فيجب ان تلتقها الى أيام الدم وان كانت أيام طهر فليس يجب ان تلتق أيام الدم اذ كان قد تخللها طهر والذي يجيء على أصوله انها أيام حيض لأيام طهر اذ أقل الطهر عنده محدود وهو أكثر من اليوم واليومين فتدبر هذا فانه بين ان شاء الله تعالى والحق ان دم الحيض ودم النفاس يجري ثم ينقطع يوما أو يومين ثم يعود حتى تنقضي أيام الحيض أو أيام النفاس كما تجرى ساعة أو ساعتين من النهار ثم تنقطع (المسئلة الثالثة) اختلفوا في أقل النفاس وأكثره فذهب مالك الى أنه لا حد لأقله وبه قال الشافعي وذهب أبو حنيفة وقوم الى أنه محدود فقال أبو حنيفة هو خمسة وعشرون يوما وقال أبو يوسف صاحبه أحد عشر يوما وقال الحسن البصري عشرون يوما وأما أكثره فقال مالك مرة هوستون يوما ثم رجع عن ذلك فقال يسأل عن ذلك النساء وأصحابه ثابتون على القول الأول وبه قال الشافعي وأكثر أهل العلم من الصحابة على ان أكثره أربعون يوما وبه قال أبو حنيفة وقد قيل تعتبر المرأة في ذلك أيام أشباهها من النساء فإذا جاوزتها فهي مستحاضة وفرق قوم بين ولادة الذكر وولادة الانثى فقالوا لا تلتقون يوما وللاثنى أربعون يوما وسبب الخلاف عسر الوقوف على ذلك بالتجربة لاختلاف أحوال النساء في ذلك ولانه ليس هناك سنة يعمل عليها كالحال في اختلافهم في أيام الحيض والطهر (المسئلة الرابعة) اختلف الفقهاء قديما وحديثا هل الدم الذي ترى الحامل هو حيض أم استحاضة فذهب مالك والشافعي في أصح قوليه وغيرهما الى ان الحامل تحيض وذهب أبو حنيفة وأحمد والثوري وغيرهم الى ان الحامل لا تحيض وان الدم الظاهر لها دم فساد وعلة الآن يصيبها الطلق فانهم أجعوا على انه دم نفاس وان حكمه حكم الحيض فيمنعه الصلاة وغير ذلك من أحكامه ومالك وأصحابه في معرفة انتقال الحائض الحامل اذا تمالى

بها الدم من حكم الحيض الى حكم الاستحاضة أقوال مضطربة أحدها ان حكمها حكم الحائض نفسها أعني امان ان تقعد أكثر أيام الحيض ثم هي مستحاضة واما ان تستظهر على أيامها المعتادة بثلاثة أيام مالم يكن مجموع ذلك أكثر من خمسة عشر يوماً وقيل انها تقعد حائضاً ضعفاً أكثر أيام الحيض وقيل انها تضعفاً أكثر أيام الحيض بعدد الشهور التي مرت لها ففي الشهر الثاني من حملها تضعف أياماً أكثر الحيض مرتين وفي الثالث ثلاث مرات وفي الرابع أربع وكذلك ما زادت الأشهر وسبب اختلافهم في ذلك عسر الوقوف على ذلك بالتجربة واختلاف الأمرين فانه مرة يكون الدم الذي تراه الحامل دم حيض وذلك اذا كانت قوة المرأة وافرة والجنين صغيراً وبذلك أمكن أن يكون جل على جل على ما حكاه بقراط وجالينوس وسائر الأطباء ومرة يكون الدم الذي تراه الحامل لضعف الجنين ومرضه التابع لضعفها ومرضاها في الأكثر فيكون دم علة ومرض وهو في الأكثر دم علة (المسئلة الخامسة) اختلاف الفقهاء في الصفرة والكبرة هل هي حيض أم لا فرأت جماعة انها حيض في أيام الحيض وبه قال الشافعي وأبو حنيفة وروى مثل ذلك عن مالك وفي المدونة عنه ان الصفرة والكبرة حيض في أيام الحيض وفي غير أيام الحيض وأت ذلك مع الدم أو لم تره وقال داود وأبو يوسف ان الصفرة والكبرة لا تكون حيضة إلا بأثر الدم والسبب في اختلافهم مخالفة ظاهر حديث أم عطية لمحدث عائشة وذلك أنه روى عن أم عطية أنها قالت كذا لان الصفرة والكبرة بعد الغسل شيئاً وروى عن عائشة أن النساء كن يبعثن اليها بالدرجة فيها الكرسف فيه الصفرة والكبرة من دم الحيض يسألنها عن الصلاة فتقول لا نجهل حتى ترين القصة البيضاء فمن رجح حديث عائشة جعل الصفرة والكبرة حيضاً سواء طهرت في أيام الحيض أو في غير أيامه مع الدم أو بلا دم فان حكم الشيء الواحد في نفسه ليس يختلف ومن رام الجمع بين الحديثين قال ان حديث أم عطية هو بعد انقطاع الدم وحديث عائشة في أثر انقطاعه أو أن حديث عائشة هو في أيام الحيض وحديث أم عطية في غير أيام الحيض وقد ذهب قوم الى ظاهر حديث أم عطية ولم يروا الصفرة ولا الكبرة شيئاً لا في أيام حيض ولا في غيرها ولا بأثر الدم ولا بعد انقطاعه لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم دم الحيض دم أسود يعرف ولان الصفرة والكبرة ليست بدم وانما هي من سائر الطوبات التي ترخيها الرحم وهو منهب أبي محمد بن حزم (المسئلة السادسة) اختلاف الفقهاء في علامة الطهر فرأى قوم ان علامة الطهر رؤية القصة البيضاء أو الجفوف وبه قال ابن حبيب من أصحاب مالك وسواء كانت المرأة ممن عادت أن تطهر بالقصة البيضاء أو بالجفوف أي ذلك رأيت طهرت به وفرق قوم فقالوا ان كانت المرأة ممن ترى القصة البيضاء فلا تطهر حتى تراها وان كانت ممن لا تراها فطهرها الجفوف وذلك في المسئلة عن مالك * وسبب اختلافهم ان منهم من راعى العادة ومنهم من راعى انقطاع الدم فقط وقد قيل ان التي عادت الجفوف تطهر بالقصة البيضاء ولا تطهر التي عادت بالقصة البيضاء بالجفوف وقد قيل بعكس هذا وكله لأصحاب مالك (المسئلة السابعة) اختلاف الفقهاء في المستحاضة اذا تمادى بها الدم متى يكون حكمها حكم الحائض كما اختلفوا في الحائض اذا تمادى بها الدم متى يكون حكمها حكم المستحاضة وقد تقدم ذلك فقال مالك في المستحاضة أبداً حكمها حكم الطاهرة الى أن يتغير الدم الى صفة الحيض وذلك اذا مضى لاستحاضتها من الايام ما هو أكثر من أقل أيام الطهر

حينئذ تكون حائضا أعني اذا اجتمع لها هذان الشئان تغير الدم وأن يمر لها في الاستحاضة من الايام ما يمكن أن يكون طهرا والا فهي مستحاضة أبدا وقال أبو حنيفة تقع أيام عادتها ان كانت طاعة وان كانت مبتدأة فعدت كثر الحيض وذلك عنده عشرة أيام وقال الشافعي تعمل على التمييز ان كانت من أهل التمييز وان كانت من أهل العادة عملت على العادة وان كانت من أهلها معا فلهي في ذلك قولان أحدهما تعمل على التمييز والثاني على العادة والسبب في اختلافهم ان في ذلك حديثين مختلفين أحدهما حديث عائشة عن فاطمة بنت أبي حبيش أن النبي عليه الصلاة والسلام أمرها وكانت مستحاضة أن تدع الصلاة قدر أيامها التي كانت تحيض فيها قبل أن يصيبها الذي أصابها ثم تغتسل وتصلي وفي معناه أيضا حديث أم سلمة المتقدم الذي خرجه مالك والحديث الثاني ما خرجه أبو داود من حديث فاطمة بنت أبي حبيش انها كانت استحاضت فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم ان دم الحيضة أسود يعرف فإذا كان ذلك فامكثي عن الصلاة واذا كان الآخر فتوضئي وصلي فاتمها وعرق وهذا الحديث صحيحه أبو محمد بن حزم فمن هؤلاء من ذهب منهج الترجيح ومنهم من ذهب منهج الجمع فن ذهب منهج ترجيح حديث أم سلمة وما ورد في معناه قال باعتبار الايام ومالك رضي الله عنه اعتبر عدد الايام فقط الحائض التي تشك في الاستحاضة ولم يعتبرها في المستحاضة التي تشك في الحيض أعني لا عددها ولا موضعها من الشهر اذ كان عندها ذلك معلوما والنص انما جاء في المستحاضة التي تشك في الحيض فاعتبر الحكم في الفرع ولم يعتبره في الاصل وهذا غريب فتأمله ومن رجح حديث فاطمة بنت أبي حبيش قال باعتبار اللون ومن هؤلاء من راعى مع اعتبار لون الدم مضي ما يمكن أن يكون طهرا من أيام الاستحاضة وهو قول مالك فيما حكاه عبد الوهاب ومنهم من لم يراع ذلك ومن جمع بين الحديثين قال الحديث الأول هو في التي تعرف عدد أيامها من الشهر وموضعها والثاني في التي لا تعرف عددها ولا موضعها وتعرف لون الدم ومنهم من رأى انها ان لم تكن من أهل التمييز ولا تعرف موضع أيامها من الشهر وتعرف عددها أو لا تعرف عددها انها تنهرى على حديث حنة بنت بحش صحيحه الترمذي وفيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لها انما هي ركبة من الشيطان فتحيض ستة أيام أو سبعة أيام في علم الله ثم اغتسلي وسأني الحديث بكاله بعد عند حكم المستحاضة في الطهر فهذه هي مشهورات المسائل التي في هذا الباب وهي بالجملة واقعة في أربعة مواضع أحدها معرفة انتقال الطهر الى الحيض والثاني معرفة انتقال الحيض الى الطهر والثالث معرفة انتقال الحيض الى الاستحاضة والرابع معرفة انتقال الاستحاضة الى الحيض وهو الذي وردت فيه الاحاديث وأما الثلاثة فمكتوبة عنها أعني عن تحديدها وكذلك الامر في انتقال النفاس الى الاستحاضة

﴿ الباب الثالث ﴾

وهو معرفة أحكام الحيض والاستحاضة والاصل في هذا الباب قوله تعالى (ويستلونك عن الحيض) الآية والاحاديث الواردة في ذلك التي سنذكرها واتفق المسلمون على أن الحيض يمنع أربعة أشياء أحدها فعل الصلاة ووجوبها أعني ان ليس يجب على الحائض قضاؤها بخلاف الصوم والثاني أنه يمنع فعل

الصوم لاقضاه وذلك لحديث عائشة الثابت أنها قالت سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قضاء الصوم ولا تؤمر بقضاء الصلاة وإنما قال بوجوب القضاء عليها طائفة من الخوارج والثالث فيما أحسب الطواف لحديث عائشة الثابت حين أمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تفعل كل ما يفعله الحاج غير الطواف بالبيت والرابع الجماع في الفرج لقوله تعالى (فاعتزلوا النساء في المحيض) الآية واختلفوا من أحكامها في مسائل نذكر منها مشهوراتها وهي خمس (المسئلة الاولى) اختلف الفقهاء في مباشرة الحائض وما يستباح منها فقال مالك والشافعي وأبو حنيفة له منها نافق الازار فقط وقال سفيان الثوري وداود الظاهري انما يجب عليه أن يحتب موضع الدم فقط وسبب اختلافهم ظواهر الاحاديث الواردة في ذلك والاحتمال الذي في مفهوم آية الحيض وذلك انه ورد في الاحاديث الصحاح عن عائشة وميمونة وأم سلمة أنه عليه الصلاة والسلام كان يأمر إذا كانت احداهن حائضا أن تشد عليها ازارها ثم يبشرها وورد أيضا من حديث ثابت بن قيس عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال اصنعوا كل شيء بالحائض الا التكاثر وذكر أبو داود عن عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لها وهي حائض اكشفي عن غنك قالت فكشفت فوضع خده وصدره على غنك وحبت عليه حتى دفى وكان قد أوجعه البرد وأما الاحتمال الذي في آية الحيض فهو تردد قوله تعالى (قل هو أذى فاعتزلوا النساء في المحيض) بين أن يحمل على عمومها الا ما خصه الدليل أو ان يكون من باب العام أريد به الخاص بدليل قوله تعالى فيه (قل هو أذى) والأذى انما يكون في موضع الدم فمن كان المفهوم منه عنده العموم أعنى انه اذا كان الواجب عنده أن يحمل هذا القول على عمومها حتى يخصه الدليل استثنى من ذلك ما فوق الازار بالسنة اذ المشهور جواز تخصيص الكتاب بالسنة عند الأصوليين ومن كان عنده من باب العام أريد به الخاص رجح هذه الآية على الآثار المانعة مما تحت الازار وقوى ذلك عنده بالآثار المعارضة للآثار المانعة مما تحت الازار ومن الناس من رام الجمع بين هذه الآثار وبين مفهوم الآية على هذا المعنى الذي نبه عليه الخطاب الواردينها وهو كونه أذى فحمل أحاديث المنع لما تحت الازار على الكراهية وأحاديث الاباحة ومفهوم الآية على الجواز ورجحوا تأويلهم هذا بأنه قد دلت السنة انه ليس من جسم الحائض شيء نجس الاموضع الدم وذلك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سأل عائشة أن تتاوله الخمر وهي حائض فقالت ائى حائض فقال عليه الصلاة والسلام ان حيضتك ليست في يدك ومأثبت أيضا من ترجيلها رأسه عليه الصلاة والسلام وهي حائض وقوله عليه الصلاة والسلام ان المؤمن لا ينجس (المسئلة الثانية) اختلفوا في وطء الحائض في طهرها وقبل الاغتسال فذهب مالك والشافعي والجمهور الى ان ذلك لا يجوز حتى تغتسل وذهب أبو حنيفة وأصحابه الى ان ذلك جائز اذ اظهرت لأكثر أمد الحيض وهو عنده عشرة أيام وذهب الأوزاعي الى انها ان غسلت فرجها بالماء جاز وطؤها أعنى كل حائض طهرت حتى طهرت وبه قال أبو محمد بن حزم وسبب اختلافهم الاحتمال الذي في قوله تعالى (فاذا طهرن فأتوهن من حيث أمركم الله) هل المراد به الطهر الذي هو انقطاع دم الحيض أم الطهر بالماء ثم ان كان الطهر بالماء فهل المراد به طهر جميع الجسد أم طهر الفرج فان الطهر في كلام العرب وعرف الشرع اسم مشترك يقال على هذه الثلاثة المعاني وقرئ جميع الجمهور مذهبه بأن صيغة التفعّل انما تنطلق على ما يكون من فعل المكلفين لاعلى ما يكون من فعل غيرهم فيكون

قوله تعالى (فاذا تطهروا) أظهر في معنى الغسل بالماء منه في الطهر الذي هو انقطاع الدم والأظهر يجب المصير إليه حتى يدل الدليل على خلافه ورجح أبو حنيفة مذهبه بأن لفظ يفعلن في قوله تعالى (حتى يطهروا) هو أظهر في الطهر الذي هو انقطاع دم الحيض منه في التطهر بالماء والمسئلة كما ترى محتملة: ويجب على من فهم من لفظ الطهر في قوله تعالى حتى يطهروا معنى واحدا من هذه المعاني الثلاثة أن يفهم ذلك المعنى بعينه من قوله تعالى فاذا تطهروا لانه مما ليس يمكن أو بما يعسر أن يجمع في الآية بين معنيين، من هذه المعاني مختلفين حتى يفهم من لفظة يطهروا النقاء ويفهم من لفظ تطهروا الغسل بالماء على ما جرت به عادة المالكيين في الاحتجاج بذلك فانه ليس من عادة العرب أن يقولوا لا تعط فلانا درهما حتى يدخل الدار فاذا دخل المسجد فأعطه درهما بل انما يقولون واذا دخل الدار فأعطه درهما لان الجملة الثانية هي مؤكدة لمفهوم الجملة الاولى ومن تأول قوله تعالى (ولا تقربوهن حتى يطهروا) على أنه النقاء وقوله (فاذا تطهروا) على أنه الغسل بالماء فهو بمنزلة من قال لا تعط فلانا درهما حتى يدخل الدار فاذا دخل المسجد فأعطه درهما وذلك غير مفهوم في كلام العرب الا أن يكون هنالك محذوف ويكون تقدير الكلام ولا تقربوهن حتى يطهروا ويتطهروا فاذا تطهروا فأتوهن من حيث أمركم الله وفي تقدير هذا الخنف بعد ما ولادليل عليه الا أن يقول قائل ظهور لفظ التطهر في معنى الاغتسال هو الدليل عليه لكن هذا بعارضه ظهور عدم الخنف في الآية فان الخنف مجاز وحمل الكلام على الحقيقة أظهر من مجاز على المجاز وكذلك فرض المجتهد ههنا اذا انتهى بنظره الى مثل هذا الموضع أن يوازن بين الظاهرين فما ترجح عنده منها على صاحبه عمل عليه وأعني بالظاهرين أن يقايس بين ظهور لفظ فاذا تطهروا في الاغتسال بالماء وظهور عدم الخنف في الآية ان أحب أن يحمل لفظ تطهروا على ظاهره من النقاء فأى الظاهرين كان عنده أرجح عمل عليه أعني اما ألا يقدر في الآية حذفاً ويحمل لفظ فاذا تطهروا على النقاء أو يقدر في الآية حذفاً ويحمل لفظ فاذا تطهروا على الغسل بالماء أو يقايس بين ظهور لفظ فاذا تطهروا في الاغتسال وظهور لفظ يطهروا في النقاء فأى كان عنده أظهر أيضاً صرف تأويل اللفظ الثاني له وعمل على انهما يدلان في الآية على معنى واحد أعني اما على معنى النقاء واما على معنى الاغتسال بالماء وليس في طباع النظر الفقهي ان ينتهي في هذه الأشياء الى أكثر من هذا فتأمل وفي مثل هذه الحال يسوغ أن يقال كل مجتهد مصيب وأما اعتبار أبي حنيفة أكثر الحيض في هذه المسئلة فضعيف (المسئلة الثالثة) اختلف الفقهاء في الذي يأتي امرأته وهي حائض فقال مالك والشافعي وأبو حنيفة يستغفر الله ولا شيء عليه وقال أحمد بن حنبل يتصدق بدينار أو بنصف دينار وقالت فرقة من أهل الحديث ان وطئ في الدم فعليه دينار وان وطئ في انقطاع الدم فنصف دينار وسبب اختلافهم في ذلك اختلافهم في صحة الأحاديث الواردة في ذلك أو وهيا وذلك أنه روى عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم في الذي يأتي امرأته وهي حائض أنه يتصدق بدينار وروى عنه بنصف دينار وكذلك روى أيضاً في حديث ابن عباس هذا انه ان وطئ في الدم فعليه دينار وان وطئ في انقطاع الدم فنصف دينار وروى في هذا الحديث يتصدق بخمسي دينار وبه قال الاوزاعي فمن صح عنه شيء من هذه الأحاديث صار الى العمل بها ومن لم يصح عنه شيء منها وهم الجمهور عمل على الأصل الذي هو سقوط الحكم حتى ثبت بدليل (المسئلة الرابعة) اختلف العلماء

في المستحاضة فقوم وأوجبوا عليها طهرا واحدا فقط وذلك عندما ترى انه قد انقضت حيضتها باحدى تلك
العلامات التي تقدمت على حسب مذهب هؤلاء في تلك العلامات وهؤلاء الذين أوجبوا عليها طهرا واحدا
انقسموا قسمين فقوم وأوجبوا عليها أن تتوضأ لكل صلاة وقوم استحبوها ذلك لها ولم يوجبوه عليها
والذين أوجبوا عليها طهرا واحدا فقط هم مالك والشافعي وأبو حنيفة وأصحابهم وأكثر فقهاء الأمصار
وأكثر هؤلاء أوجبوا عليها أن تتوضأ لكل صلاة وبعضهم لم يوجب عليها الاستحبابا وهو مذهب
مالك وقوم آخرون غير هؤلاء وأأن على المستحاضة أن تتطهر لكل صلاة وقوم رأوا أن الواجب
ان تؤخر الظهر الى أول العصر ثم تتطهر وتجمع بين الصلاتين وكذلك تؤخر المغرب الى آخر وقتها وأول
وقت العشاء وتتطهر طهرا ثانيا وتجمع بينهما ثم تتطهر طهرا ثالثا الصلاة الصبح فأوجبوا عليها ثلاثة أطهار
في اليوم والليلة وقوم رأوا أن عليها طهرا واحدا في اليوم والليلة ومن هؤلاء من لم يحمله وقتا وهو مروي
عن علي ومنهم من رأى أن تتطهر من طهر الى طهر فيحصل في المسئلة بالجملة أربعة أقوال قول انه
ليس عليها الا طهر واحد فقط عند انقطاع دم الحيض وقول ان عليها الطهر لكل صلاة وقول ان عليها
ثلاثة أطهار في اليوم والليلة وقول ان عليها طهرا واحدا في اليوم والليلة والسبب في اختلافهم في هذه
لمسئلة هو اختلاف ظواهر الأحاديث الواردة في ذلك وذلك ان الوارد في ذلك من الأحاديث المشهورة
أربعة أحاديث واحد منها متفق على صحته وثلاثة مختلف فيها أما المتفق على صحته حديث عائشة قالت
جاءت فاطمة ابنة أبي حنيس الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله اني امرأة أستحاض
فلا أطهر أفأدع الصلاة فقال لها عليه الصلاة والسلام لا اتمام ذلك عرق وليست بالحيضة فاذا قبلت
الحيضة فدعى الصلاة واذا أدبرت فاغسلى عنك الدم وصلى وفي بعض روايات هذا الحديث وتوضئ لكل
صلاة وهذه الزيادة لم يخرجها البخاري ولا مسلم وخرجها أبو داود ومصححها قوم من أهل الحديث
والحديث الثاني حديث عائشة عن أم حبيبة بنت جحش امرأة عبد الرحمن بن عوف انها استحاضت
فأمرها رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تغتسل لكل صلاة وهذا الحديث هكذا أسنده اسحق عن
الزهرى وأما سائر أصحاب الزهرى فأنما رويوا عنه انها استحاضت فسال رسول الله صلى الله عليه وسلم
فقال لها انما هو عرق وليست بالحيضة وأمرها أن تغتسل وتصلى فكانت تغتسل لكل صلاة على ان
ذلك هو الذي فهمت منه لان ذلك منقول من لفظه عليه الصلاة والسلام ومن هذا الطريق خرج
البخاري وأما الثالث فحديث أسماء ابنة عميس أنها قالت يا رسول الله اني فاطمة ابنة أبي حنيس
استحاضت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لتغتسل للظهر والعصر غسلا واحدا وللمغرب والعشاء
غسلا واحدا وتغتسل للفجر وتتوضأ فيما بين ذلك خرج أبو داود ومصححها أبو محمد بن حزم وأما الرابع
فحديث حمنة ابنة جحش وفيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خيرها بين أن تصلى الصلوات بطهر واحد عند
ما ترى انه قد انقطع دم الحيض وبين أن تغتسل في اليوم والليلة ثلاث مرات على حديث أسماء بنت عميس
الأن هنالك ظاهره على الوجوب وهن على التحير فلما اختلفت ظواهر هذه الاحاديث ذهب الفقهاء
في تأويلها أربعة مذاهب مذهب النسخ ومذهب الترجيح ومذهب الجمع ومذهب البناء والفرق بين
الجمع والبناء ان الباني ليس يرى ان هنالك تعارضا فيجمع بين الحديثين وأما الجامع فهو يرى ان هنالك

تعارضاً في الظاهر فتأمل هذا فإنه فرق بين أمان من ذهب من ذهب الترجيع فمن أخذ بحديث فاطمة ابنة حبيش لمكان الاتفاق على محضته عمل على ظاهره أعنى من أنه لم يأمرها صلى الله عليه وسلم أن تغتسل لكل صلاة ولا أن تجمع بين الصلوات بغسل واحد ولا بشئ من تلك المذاهب وإلى هذا ذهب مالك وأبو حنيفة والشافعي وأصحاب هؤلاء وهم الجمهور ومن محضته عنده من هؤلاء الزيادة الواردة فيه وهو الأمر بالوضوء لكل صلاة أو جوب ذلك عليها ومن لم تصح عنده لم يوجب ذلك عليها وأمان من ذهب من ذهب البناء فقال أنه ليس بين حديث فاطمة وحديث أم حبيبة الذي من رواه ابن اسحق تعارض أصلاً وان الذي في حديث أم حبيبة من ذلك زيادة على ما في حديث فاطمة فإن حديث فاطمة انما وقع الجواب فيه عن السؤال هل ذلك الدم حيض يمنع الصلاة أم لا فأخبرها عليه الصلاة والسلام انها ليست بحيضة تمنع الصلاة ولم يخبرها فيه بوجوب الطهر أصلاً لكل صلاة ولا عند انقطاع دم الحيض وفي حديث أم حبيبة أمرها بشئ واحد وهو التطهر لكل صلاة لكن للجمهور أن يقولوا ان تأخير البيان عن وقت الحاجة لا يجوز فلو كان واجبا عليها الطهر لكل صلاة لأخبرها بذلك ويبعد أن يدعى مدع انها كانت تعرف ذلك مع انها كانت تجهل الفرق بين الاستحاضة والحيض وأما تركه عليه الصلاة والسلام اعلامها بالطهر الواجب عليها عند انقطاع دم الحيض فمضمن في قوله انها ليست بالحيضة لأنه كان معلوماً من سنته عليه الصلاة والسلام ان انقطاع الحيض يوجب الغسل فاذا انما لم يخبرها بذلك لأنها كانت عالة به وليس الأمر كذلك في وجوب الطهر لكل صلاة الآن يدعى مدع ان هذه الزيادة لم تكن قبل ثابتة وثبت بعد فيتطرق الى ذلك المسئلة المشهورة هل الزيادة نسخ أم لا وقد روى في بعض طرق حديث فاطمة أمره عليه الصلاة والسلام لها بالغسل فهذا هو حال من ذهب من ذهب الترجيع ومن ذهب البناء وأمان من ذهب من ذهب النسخ فقال ان حديث أسماء بنت عميس ناسخ لحديث أم حبيبة واستدل على ذلك بما روى عن عائشة أن سهلة ابنة سهيل استحيضت وأن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يأمرها بالغسل عند كل صلاة فلما جهدها ذلك أمرها أن تجمع بين الظهر والعصر في غسل واحد والمغرب والعشاء في غسل واحد وتغسل ثلاثاً للصبح وأما الذين ذهبوا من ذهب الجع فقالوا ان حديث فاطمة ابنة حبيش محمول على التي تعرف أيام الحيض من أيام الاستحاضة وحديث أم حبيبة محمول على التي لا تعرف ذلك فأمرت بالطهر في كل وقت احتياطاً للصلاة وذلك ان هذه اذا قامت الى الصلاة بحقل أن تكون طهرت فيجب عليها أن تغتسل لكل صلاة وأما حديث أسماء ابنة عميس فمحمول على التي لا يميزها أيام الحيض من أيام الاستحاضة الا انه قد ينقطع عنها في أوقات فهذه اذا انقطع عنها الدم وجب عليها أن تغتسل وتغسل بذلك الغسل صلاتين وهنا قوم ذهبوا من ذهب التخير بين حديثي أم حبيبة وأسماء واحتجوا لذلك بحديث جنة بنت جحش وفيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خيرها هؤلاء منهم من قال ان الخيرة هي التي لا تعرف أيام حيضتها ومنهم من قال بل هي المستحاضة على الإطلاق عارفة كانت أو غير عارفة وهذا هو قول خامس في المسئلة الا ان الذي في حديث جنة ابنة جحش انما هو التخير بين أن تغتسل الصلوات كلها بطهر واحد وبين أن تتطهر في اليوم والليلة ثلاث مرات وأمان من ذهب الى أن الواجب أن تتطهر في كل يوم مرة واحدة فلعله انما أوجب ذلك عليها لمكان الشك ولست أعلم في ذلك أثراً

(المسئلة الخامسة) اختلف العلماء في جواز وطء المستحاضة على ثلاثة أقوال فقال قوم يجوز وطؤها وهو الذي عليه فقهاء الأمصار وهو مروي عن ابن عباس وسعيد بن السيب وجاعة من التابعين وقال قوم ليس يجوز وطؤها وهو مروي عن عائشة وبه قال النخعي والحكم وقال قوم لا يأتها زوجها الآن يطول ذلك بهاء بهذا القول قال أحمد بن حنبل وسبب اختلافهم هل اباحة الصلاة لها هي رخصة لمكان تأكيده وجوب الصلاة أم أنما أبيحت لها الصلاة لأن حكمها حكم الطاهر فمن رأى أن ذلك رخصة لم يجوز زوجها أن يطأها ومن رأى أن ذلك لأن حكمها حكم الطاهر أباح لها ذلك وهي بالجملة مسئلة مسكوت عنها وأما التفريق بين الطول ولاطول فاستحسان

✽ كتاب التيمم ✽

والقول المحيط باصول هذا الكتاب يشتمل بالجملة على سبعة أبواب الباب الأول في معرفة الطهارة التي هذه الطهارة بدل منها الثاني في معرفة من يجوز له هذه الطهارة الثالث في معرفة شروط جواز هذه الطهارة الرابع في صفة هذه الطهارة الخامسة فيما تصنع به هذه الطهارة السادس في نواقض هذه الطهارة السابع في الأشياء التي هذه الطهارة شرط في محتملها وفي استباحتها

✽ الباب الأول ✽

اتفق العلماء على أن هذه الطهارة هي بدل من الطهارة الصغرى . واختلفوا في الكبرى فروى عن عمرو بن مسعود أنها كانا لا يرايانها بدلا من الكبرى وكان علي وغيره من الصحابة يرون أن التيمم يكون بدلا من الطهارة الكبرى وبه قال عامة الفقهاء والسبب في اختلافهم الاحتمال الوارد في آية التيمم وأنه لم تصح عندهم الآثار الواردة بالتيمم للجنب أما الاحتمال الوارد في الآية فلأن قوله تعالى (فلم تجدوا ماء فتيمموا) يحتمل أن يعود الضمير الذي فيه على المحدث حدثا أصغر فقط ويحتمل أن يعود عليهما معالكن من كانت الملامسة عنده في الآية الجماع فالأظهر أنه عائد عليهما معا ومن كانت الملامسة عنده هي اللبس باليد أعني في قوله تعالى (أولامستم النساء) فالأظهر أنه انما يعود الضمير عنده على المحدث حدثا أصغر فقط إذ كانت الضمائر انما يحتمل أبدأ عودها على أقرب مذكور الآن بقدر في الآية تقدما وتأخيرا حتى يكون تقديرها هكذا يا أيها الذين آمنوا إذا قمتم إلى الصلاة أوجأ أحد منكم من الغائط أولامستم النساء فاغسلوا وجوهكم وأيديكم إلى المرافق وامسحوا برؤسكم وأرجلكم إلى الكعبين وإن كنتم جنباً فاطهروا وإن كنتم مرضى أو على سفر فلم تجدوا ماء فتيمموا غصصا طيبا ومثل هذا ليس ينبغي أن يصار إليه لا بدليل فإن التقديم والتأخير مجاز وحل الكلام على الحقيقة أولى من حله على المجاز وقد يظن أن في الآية شيئا يقتضي تقدما وتأخيرا وهو أن جلها على ترتيبها يوجب أن المرض والسفر حدثان لكن هذا لا يحتاج إليه إذا قدرت أوهنا بمعنى الواو وذلك موجود في كلام العرب في مثل قول الشاعر وكان سيان ألا يسرحوا نعا * أو يسرحوه بها وأغربت السرح

فانه انما يقال سيان زيد وعمر و هذا هو أحد الأسباب التي أوجب الخلاف في هذه المسئلة وأما ترتيبهم في الآثار التي وردت في هذا المعنى فبين مما أخرجه البخاري ومسلم أن رجلا أتى عمر رضي الله عنه فقال جئبت فلم أجده الماء فقال لاتصل فقال عمار أمانذ كي يا أمير المؤمنين إذ أنلأ أنت في سرية فاجئتنا فلم يجد الماء

قاماً أنت فلم تصل وأما أنا فتمعتك في التراب فصليت فقال النبي صلى الله عليه وسلم إنما كان يكفيك أن تضرب يديك ثم تنفخ فيهما ثم تمسح بهما وجهك وكفيك فقال عمر أتق الله يا عمار فقال ان شئت لم أحدث به وفي بعض الروايات أنه قال له عمر نوليك ما نوليت وخرج مسلم عن شقيق قال كنت جالساً مع عبد الله بن مسعود وأتى موسى فقال أبو موسى يا أبا عبد الرحمن أرويت لورن رجلاً أنجب فلم يجد الماء شهراً كيف يصنع بالصلاة فقال عبد الله لأبي موسى لا يتيم وان لم يجد الماء شهراً فقال أبو موسى فكيف بهذه الآية في سورة المائدة (فلنجدوا ماءً فيقيموا صعيداً طيباً) فقال عبد الله لو رخص لهم في هذه الآية لأوشك إذا برد عليهم الماء أن يقيموا بالصعيد فقال أبو موسى لعبد الله ألم تسمع لقول عمار وذكر له الحديث المتقدم فقال له عبد الله ألم تر عمر لم يقنع بقول عمار لكن الجمهور رأوا أن ذلك قد ثبت من حديث عمار وعمران بن الحصين خرجهما البخاري وأبى نسيان عمر ليس مؤثراً في وجوب العمل بحديث عمار وأيضاً فانهم استدلوا بجواز التيمم للجنب والحائض بعموم قوله عليه الصلاة والسلام جعلت لي الأرض مسجداً وطهوراً وأما حديث عمران بن الحصين فهو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى رجلاً معتزلاً لم يصل مع القوم فقال يا فلان أما يكفيك أن تصلي مع القوم فقال يا رسول الله أصابتني جنابة ولما ماء فقال عليه الصلاة والسلام عليك بالصعيد فإنه يكفيك ولوضع هذا الاحتمال اختلفو أهل المن ليس عنده ماء أن يطأ أهلها لم لا يطؤها أعنى من يجوز للجنب التيمم

﴿ الباب الثاني ﴾

وأما من يجوز له هذه الطهارة فأجمع العلماء أنها يجوز لاثنتين للريض وللسافر إذا عدا الماء واختلوا في أربع في الريض بجد الماء وبخاف من استعماله وفي الحاضر بعدم الماء وفي الصحيح المسافر بجد الماء فيمنعه من الوصول إليه خوف وفي الذي يخاف من استعماله من شدة البرد فأما الريض الذي بجد الماء وبخاف من استعماله فقال الجمهور يجوز التيمم له وكذلك الصحيح الذي يخاف الهلاك أو المرض الشديد من برد الماء وكذلك الذي يخاف من الخروج إلى الماء إلا أن معظمهم أوجب عليه إعادة إذا وجد الماء وقال عطاء لا يتيمم المريض ولا غير المريض إذا وجد الماء وأما الحاضر الصحيح الذي بعدم الماء فذهب مالك والشافعي إلى جواز التيمم له وقال أبو حنيفة لا يجوز التيمم للحاضر الصحيح وإن عدم الماء وبسبب اختلافهم في هذه المسائل الأربع التي هي قواعد هذا الباب أما في المريض الذي يخاف من استعمال الماء فهو اختلافهم هل في الآية محذوف مقدر في قوله تعالى (وان كنتم مرضى أو على سفر) فمن رأى أن في الآية حذفاً وإن تقدير الكلام وان كنتم مرضى لا تقدرون على استعمال الماء وإن الضمير في قوله تعالى فلم تجدوا ماءً إنما يعود على المسافر فقط أجاز التيمم للمريض الذي يخاف من استعمال الماء ومن رأى أن الضمير في لم تجدوا ماءً يعود على المريض والمسافر معاً وأنه ليس في الآية حذف لم يجوز للمريض إذا وجد الماء التيمم وأما سبب اختلافهم في الحاضر الذي بعدم الماء فاحتمال الضمير الذي في قوله تعالى فلم تجدوا ماءً أن يعود على أصناف المحدثين أعنى الحاضرين والمسافرين أو على المسافرين فقط فمن رآه عائداً على جميع أصناف المحدثين أجاز التيمم للحاضرين ومن رآه عائداً على المسافرين فقط أو على المرضى والمسافرين لم يجوز التيمم للحاضر الذي عدم الماء وأما سبب اختلافهم

في الخائف من الخروج الى الماء فاختلفهم في قياسه على من عدم الماء وكذلك اختلافهم في الصحيح يخاف من برد الماء السبب فيه هو اختلافهم في قياسه على المريض الذي يخاف من استعمال الماء وقدر جمع منهم القائلون بجواز التيمم للمريض بحديث جابر في الخروج الذي اغتسل فأت فجاز عليه الصلاة والسلام للمسح له وقال قتوبه قتلهم الله وكذلك رجحوا أيضا قياس الصحيح الذي يخاف من برد الماء على المريض بما روي أيضا في ذلك عن عمرو بن العاص انه أجنب في ليلة باردة فتيمم وتلا قول الله تعالى (ولا تقتلوا أنفسكم ان الله كان بكم رحيمًا) فذكر ذلك للنبي عليه الصلاة والسلام فلم يعنف

❦ الباب الثالث ❦

وأما معرفة شروط هذه الطهارة فيتعلم بها ثلاث مسائل قواعد احداها هل النية من شرط هذه الطهارة أم لا والثانية هل الطلب شرط في جواز التيمم عند عدم الماء أم لا والثالثة هل دخول الوقت شرط في جواز التيمم أم لا (وأما المسئلة الاولى) فالجمهور على أن النية فيها شرط لكونها عبادة غير معقولة المعنى وشذز فر فقال ان النية ليست بشرط فيها وأنها لا تحتاج الى نية وقدرى ذلك أيضا عن الاوزاعى والحسن بن حى وهو ضعيف (وأما المسئلة الثانية) فان مالكا رضى الله عنه اشترط الطلب وكذلك الشافعى ولم يشترطه أبو حنيفة وسبب اختلافهم في هذا هو هل يسمى من لم يجد الماء دون طلب غير واجد للماء أم ليس يسمى غير واجد للماء اذا طلب الماء فلم يجده لكن الحق في هذا أن يستفاد ان المتيقن لعدم الماء اما بطلب متقدم واما بغير ذلك هو عدم الماء وأما الظان فليس بعدم الماء ولذلك يضعف القول بشكر الطلب الذى فى المذهب فى المكان الواحد بعينه ويقوى اشتراطه ابتداء اذ لم يكن هناك علم قطعى بعدم الماء (وأما المسئلة الثالثة) وهو اشتراط دخول الوقت فمنهم من اشترطه وهو مذهب الشافعى ومالك ومنهم من لم يشترطه وبه قال أبو حنيفة وأهل الظاهر وابن شعبان من أصحاب مالك وسبب اختلافهم هو هل ظاهر مفهوم آية الوضوء يقتضى أن لا يجوز التيمم والوضوء الا عند دخول الوقت لقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا اذا قمتم الى الصلاة) الآية فأوجب الوضوء والتيمم عند وجوب القيام الى الصلاة وذلك اذا دخل الوقت فوجب لهذا أن يكون حكم الوضوء والتيمم فى هذا حكم الصلاة أعنى أنه كما ان الصلاة من شرط صحتها الوقت كذلك من شرط صحة الوضوء والتيمم الوقت الا أن الشرع خصص الوضوء من ذلك فسبى التيمم على أصله أم ليس يقتضى هذا ظاهر مفهوم الآية وان تقدير قوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا اذا قمتم الى الصلاة) أى اذا أردتم القيام الى الصلاة وأيضا فانه لو لم يكن هناك محذوف لما كان يفهم من ذلك الايجاب الوضوء والتيمم عند وجوب الصلاة فقط لأنه لا يجوز أن يقع قبل الوقت الا أن يقاس على الصلاة فذلك الاولى أن يقال فى هذا ان سبب الخلاف فيه هو قياس التيمم على الصلاة لكن هذا يضعف فان قياسه على الوضوء أشبه فتأمل هذه المسئلة فانها ضعيفة أعنى من يشترط فى صحتها دخول الوقت ويجعله من العبادة المؤقتة فان التوقيت فى العبادة لا يكون الا بدليل سمعى وانما يسوغ القول بهذا اذا كان على رجاء من وجود الماء قبل دخول الوقت فيكون هذا ليس من باب ان هذه العبادة مؤقتة لكن من باب انه ليس يطلق اسم الغير واجد للماء الا عند دخول وقت الصلاة لانما لم يدخل وقتها ممكن أن يطرأ هو على الماء ولذلك اختلف المذهب متى يتمم هل فى أول الوقت أو فى وسطه

أوفى آخره لكن ههنا مواضع يعلم قطعاً ان الانسان ليس بطائر على الماء فيها قبل دخول الوقت ولا الماء بطائر عليه وأيضاً فان قسراً طرقت الماء فليس يجب عليه الا تقض التيمم فقط لان مع صحته وتقدير الطرق هو كمن في الوقت وبعده فلم يجعل حكمه قبل الوقت خلاف حكمه في الوقت أعني انه قبل الوقت يمنع انعقاد التيمم وبعده دخول الوقت لا يمنعه وهذا كله لا ينبغي أن يصار اليه الا بدليل سمي ويلزم على هذا ألا يجوز التيمم الا في آخر الوقت فتأمل

باب الرابع

وأما صفة هذه الطهارة فيتعلق بها ثلاث مسائل هي قواعد هذا الباب (المسئلة الاولى) اختلف الفقهاء في حد الأيدي التي أمر الله بمسحها في التيمم في قوله فامسحوا بوجوهكم وأيديكم منه على أربعة أقوال القول الأول ان الحد الواجب في ذلك هو الحد الواجب بعينه في الوضوء وهو الى المرفاق وهو مشهور المذهب وبه قال فقهاء الأمصار والقول الثاني ان الفرض هو مسح الكف فقط وبه قال أهل الظاهر وأهل الحديث والقول الثالث الاستحباب الى المرفقين والفرض الكفان وهو مروى عن مالك والقول الرابع ان الفرض الى المناكب وهو شاذ روى عن الزهري ومحمد بن مسleme وأسبغ في اختلافهم اشترك اسم اليد في لسان العرب وذلك ان اليد في كلام العرب يقال على ثلاثة معان على الكف فقط وهو أظهرها استعمالاً ويقال على الكف والذراع ويقال على الكف والساعد والعضد والسبب الثاني اختلاف الآثار في ذلك وذلك ان حديث عمار المشهور فيه من طرقه الثابتة انما يكفيك أن تضرب بيدك ثم تنفخ فيها ثم تمسح بها وجهك وكفيك وورد في بعض طرقه انه قال له عليه الصلاة والسلام وان تمسح بيديك الى المرفقين وروى أيضاً عن ابن عمر أن النبي عليه الصلاة والسلام قال لتيمم ضربتان ضربة للوجه وضربة لليدين الى المرفقين وروى أيضاً من طريق ابن عباس ومن طريق غيره فذهب الجمهور الى ترجيح هذه الأحاديث على حديث عمار الثابت من جهة عضد القياس لها أعني من جهة قياس التيمم على الوضوء وهو بعينه حلهم على ان عدلوا بلفظ اسم اليد عن الكف الذي هو فيه أظهر الى الكف والساعد ومن زعم انه ينطلق عليهما بالسواء وانه ليس في أحدهما أظهر منه في الثاني فقد أخطأ فان اليد وان كانت اسماً مشتركاً فهي في الكف حقيقة وفيما فوق الكف مجاز وليس كل اسم مشترك هو مجمل وانما المشترك المجل الذي وضع من أول أمره مشتركاً وفي هذا قال الفقهاء انه لا يصح الاستدلال به ولذلك ما تقول ان الصواب هو أن يعتقد ان الفرض انما هو الكفان فقط وذلك ان اسم اليد لا يخلو أن يكون في الكف أظهر منه في سائر الأجزاء أو يكون دلالة على سائر أجزاء الذراع والعضد بالسواء فان كان أظهر فيجب المصير اليه على ما يجب المصير الى الأخذ بالظاهر وان لم يكن أظهر فيجب المصير الى الأخذ بالآثر الثابت فأما أن يغلب القياس ههنا على الآثر فلامعني له ولأن ترجيح به أيضاً أحاديث لم تثبت بعد فالقول في هذه المسئلة بين من الكتاب والسنة فتأمل وأما من ذهب الى الأباط فانما ذهب الى ذلك لأنه قد روى في بعض طرق حديث عمار أنه قال تيممنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فمسحنا بوجوهنا وأيدينا الى المناكب ومن ذهب الى أن يحمل تلك الأحاديث على التنبؤ وحديث عمار على الوجوب فهو مذهب حسن اذ كان الجمع أولى من الترجيح عند أهل الكلام الفقهي الآن هذا انما ينبغي أن يصار اليه ان سحت تلك الأحاديث (المسئلة الثانية) اختلف العلماء في عمد الضربات على

الصعيد للتييم فمنهم من قال واحدة ومنهم من قال اثنتين والذين قالوا اثنتين منهم من قال ضربة للوجه وضربة لليدين وهم الجمهور وإذا قلت الجمهور فالفقهاء الثلاثة معدودون فيهم أعنى مالك والشافعي وأباحنيفة ومنهم من قال ضربتان لكل واحد منهما أعنى اليد ضربتان وللوجه ضربتان والسبب في اختلافهم ان الآية مجملة في ذلك والأحاديث متعارضة وقياس التيميم على الوضوء في جميع أحواله غير متفق عليه والذي في حديث عمار الثابت من ذلك انما هو ضربة واحدة للوجه والكفين معا لكن ههنا أحاديث فيها ضربتان فرجع الجمهور هذه الأحاديث لمكان قياس التيميم على الوضوء (المسئلة الثالثة) اختلف الشافعي مع مالك وأبي حنيفة وغيرهما في وجوب توصيل التراب الى أعضاء التيميم فلهذا ذلك أبو حنيفة واجبا ولا مالك ورأى ذلك الشافعي واجبا وسبب اختلافهم الاشتراك الذي في حرف من في قوله تعالى (فامسحوا بوجوهكم وأيديكم منه) وذلك ان منه قد تردد للتبعيض وقد تردد لتمييز الجنس فمن ذهب الى انها ههنا للتبعيض أوجب نقل التراب الى أعضاء التيميم ومن رأى انها لتمييز الجنس قال ليس النقل واجبا والشافعي انما رجح حملها على التبعيض من جهة قياس التيميم على الوضوء لكن يعارضه حديث عمار المتقدم لأن فيه ثم تنفخ فيها وتيمم رسول الله صلى الله عليه وسلم على الحائط وينقي أن تعلم أن الاختلاف في وجوب الترتيب في التيميم وجوب الفور فيه هو بعينه اختلافهم في ذلك في الوضوء وأسباب الخلاف هنالك هي أسبابه هنا فلامعنى لاعادته

﴿ الباب الخامس ﴾

فما تصنع به هذه الطهارة وفيه مسئلة واحدة وذلك أنهم اتفقوا على جوازها بتراب الحرث الطيب واختلفوا في جواز فعلها بماء عدا التراب من أجزاء الأرض المتولدة عنها كالخجارة فذهب الشافعي الى أنه لا يجوز التيميم الا بالتراب الخالص وذهب مالك وأصحابه الى أنه يجوز التيميم بكل ما صعد على وجه الأرض من أجزاءها في المشهور عنه الحصى والرمل والتراب وزاد أبو حنيفة فقال وبكل ما يتولد من الأرض من الخجارة مثل النورة والزربخ والجص والطين والرخام ومنهم من شرط أن يكون التراب على وجه الأرض وهم الجمهور وقال أحد بن حنبل يقيم بغبار الثوب والبلد والسبب في اختلافهم شيان أحدهما اشتراك اسم الصعيد في لسان العرب فانه مرة يطلق على التراب الخالص ومرة يطلق على جميع أجزاء الأرض الظاهرة حتى ان مالكاً وأصحابه حملوه دلالة اشتقاق هذا الاسم أعنى الصعيد أن يجزوا في إحدى الروايات عنهم التيميم على الخشيش وعلى الثلج قالوا لأنه يسمى صعيدا في أصل التسمية أعنى من جهة صعوده على الأرض وهذا ضعيف والسبب الثاني اطلاق اسم الأرض في جواز التيميم بها في بعض روايات الحديث المشهور وتقييدها بالتراب في بعضها وهو قوله عليه الصلاة والسلام جعلت لي الأرض مسجدا وطهورا فان في بعض رواياته جعلت لي الأرض مسجدا وطهورا وفي بعضها جعلت لي الأرض مسجدا وجعلت لي ترابها طهورا وقد اختلف أهل الكلام الفقهي هل يقضى بالطلق على المقييد أو بالمقيد على المطلق والمشهور عندهم أن يقضى بالمقيد على المطلق وفيه نظر ومنهجه أبي محمد بن حزم أن يقضى بالمطلق على المقيد لأن المطلق فيه زيادة معنى فمن كان رأيه القضاء بالمقيد على المطلق وحل اسم الصعيد الطيب على التراب لم يجز التيميم الا بالتراب ومن قضى بالمطلق على المقيد وحل اسم الصعيد على كل ما على وجه الأرض

من أجزائها أجاز التيمم بالرمل والخصى وأما جازة التيمم بما يتوله منها فضعيف إذ كان لا يتناوله اسم الصعيد فإن أعم دلالة اسم الصعيد أن يدل على ما تدل عليه الأرض لأن يدل على الزرينخ والنورة ولا على الثلج والحشيش والله الموفق للصواب والاشتراك الذى فى اسم الطيب أيضا من أحد دواعى

الخلافا

﴿ الباب السادس ﴾

وأما نواقض هذه الطهارة فانهم اتفقوا على أنه ينقضها ما ينقض الأصل الذى هو الوضوء أو الطهر واختلفوا من ذلك فى مسألتين أحدهما هل ينقضها ارادة صلاة أخرى مفروضة غير المفروضة التى تيمم لها والمسئلة الثانية هل ينقضها وجود الماء أم لا (أما المسئلة الأولى) فذهب مالك فيها الى أن ارادة الصلاة الثانية تنقض طهارة الأولى ومذهب غيره خلاف ذلك وأصل هذا الخلاف يدور على شيئين أحدهما هل فى قوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا اذا قمتم الى الصلاة) محذوف مقدر أعنى اذا قمتم من النوم أو قتم محدثين أم ليس هنالك محذوف أصلا ففى رأى أن لا محذوف هنالك قال ظاهر الآية وجوب الوضوء أو التيمم عند القيام لكل صلاة لكن خصصت السنة من ذلك الوضوء فبقى التيمم على أصله لكن لا ينبغى أن يحتاج بهذا المالك فان مالك كإيرى أن فى الآية محذوفا على ما رواه عن زيد بن أسلم فى موطئه وأما السبب الثانى فهو تكرار الطلب عند دخول وقت كل صلاة وهذا هو أزم لأصول مالك أعنى أن يحتاج له بهذا وقد تقدم القول فى هذه المسئلة ومن لم يتكرر عنده الطلب وقد فى الآية محذوفا لم ير ارادة الصلاة الثانية بما ينقض التيمم (وأما المسئلة الثانية) فان الجمهور ذهبوا الى أن وجود الماء ينقضها وذهب قوم الى أن الناقض لها هو الحدث وأصل هذا الخلاف هل وجود الماء يرفع استصحاب الطهارة التى كانت بالنزأ أو يرفع ابتداء الطهارة ففى رأى أنه يرفع ابتداء الطهارة قال لا ينقضها الا الحدث ومن رأى أنه يرفع استصحاب الطهارة قال أنه ينقضها فان حدث الناقض هو الراجع للاستصحاب وقد احتج الجمهور لمذهبهم بالحدث الثابت وهو قوله عليه الصلاة والسلام جعلتلى الأرض مسجدا وطهورا لم يجد الماء والحدث محتمل فانه يمكن أن يقال ان قوله عليه الصلاة والسلام ما لم يجد الماء يمكن أن يفهم منه فاذا وجد الماء انقطع هذه الطهارة وارتفعت ويمكن أن يفهم منه فاذا وجد الماء لم تصح ابتداء هذه الطهارة والأقوى فى عند الجمهور هو حديث أبى سعيد الخدرى وفيه أنه عليه الصلاة والسلام قال فاذا وجدت الماء فأمسه بجلدك فان الأمر محمول عند جمهور المتكلمين على الفور وإن كان أيضا قد يتطرق الى الاحتمال المتقدم فتأمل هذا وقد جل الشافى تسليح ان وجود الماء يرفع هذه الطهارة أن قال ان التيمم ليس رافعا للحدث أى ليس مفيدا للتيمم الطهارة الرافعة للحدث وانما هو مبيح للصلاة فقط مع بقاء الحدث وهذا لا معنى له فان الله قسماء طهارة وقد ذهب قوم من أصحاب مالك هذا المذهب فقالوا ان التيمم لا يرفع الحدث لانه لو رفعه لم ينقضه الا الحدث والجواب أن هذه الطهارة وجود الماء فى حقتها هو حدث خاص بها على القول بأن الماء ينقضها واتفق القائلون بأن وجود الماء ينقضها على أنه ينقضها قبل الشروع فى الصلاة وبعد الصلاة واختلفوا هل ينقضها طروء فى الصلاة فذهب مالك والشافى وادوا الى أنه لا ينقض الطهارة فى الصلاة وذهب أبو حنيفة وأحمد وغيرهما الى أنه ينقض الطهارة فى الصلاة وهم أحفظ للأصل لأنه أمر غير مناسب للشروع أن يؤجل شيئا واحدا لا ينقض الطهارة فى الصلاة

وينقضيها في غير الصلاة وبمثل هذا اشنعوا على مذهب أبي حنيفة فيما يراه من أن الضحك في الصلاة ينقض الوضوء مع أنه مستند في ذلك إلى الأثر فتأمل هذه المسئلة فانهاينة ولا حجة في الظواهر التي يرام الاحتجاج بها لهذا المذهب من قوله تعالى (ولا تبطلوا أعمالكم) فان هذا لم يبطل الصلاة بآدائه وإنما بطلها طرد الماء كما لو أحدث ﴿الباب السابع﴾

واتفق الجمهور على أن الأفعال التي هذه الطهارة شرط في صحتها هي الأفعال التي الوضوء شرط في صحتها من الصلاة ومس المصحف وغير ذلك واختلفوا هل يستباح بها أكثر من صلاة واحدة فقط فجمهور مذهب مالك أنه لا يستباح بها صلاتان مفروقتان أبداً واختلف قوله في الصلاتين المقضيتين والمشهور عنه أنه إذا كانت إحدى الصلاتين فرضاً والأخرى نفلاً أنه ان قدم الفرض جمع بينهما وان قدم النفل لم يجمع بينهما وذهب أبو حنيفة إلى أنه يجوز الجمع بين صلاوات مفروضة بتيمم واحد وأصل هذا الخلاف هل هو التيمم يجب لكل صلاة أم لا أمان من قبل ظاهر الآية كما تقدم وأمان من قبل وجوب تكرار الطلب وأمان كليهما ﴿كتاب الطهارة من النجس﴾

والقول المحيط بأصول هذه الطهارة وقواعدها ينحصر في ستة أبواب الباب الأول في معرفة حكم هذه الطهارة أعني في الوجوب أو في الندب أما مطلقاً وأمان جهة انها مشترطة في الصلاة الباب الثاني في معرفة أنواع النجاسات الباب الثالث في معرفة المحال التي يجب ازالته عنها الباب الرابع في معرفة الشيء الذي به تزال الباب الخامس في صفة ازالته في محل محل الباب السادس في آداب الأحداث ﴿الباب الأول﴾

والأصل في هذا الباب أمان من الكتاب فقوله تعالى (وثيابك فطهر) وأمان السنة فآثار كثيرة ثابتة منها قوله عليه الصلاة والسلام من توضأ فليستثر ومن استجمر فليوتر ومنها أمره صلى الله عليه وسلم بفصل دم الحيض من الثوب وأمره بصب ذنوب من ماء على بول الاعرابي وقوله عليه الصلاة والسلام في صاحب القبر انهما ليعذبان وما يعذبان في كبير أما أحدهما فكان لا يستتره من البول واتفق العلماء مكان هذه المسبوعات على أن ازالة النجاسة مأثور بها في الشرع واختلفوا هل ذلك على الوجوب أو على الندب المذكور وهو الذي يعبر عنه بالسنة فقال قوم ان ازالة النجاسات واجبة وبه قال أبو حنيفة والشافعي وقال قوم ازالة النجاسة مؤكدة وليست بفرض وقال قوم هي فرض مع الذكر ساقطة مع النسيان وكلا هذين القولين عن مالك وأصحابه وسبب اختلافهم في هذه المسئلة راجع إلى ثلاثة أشياء أحدها اختلافهم في قوله تبارك وتعالى (وثيابك فطهر) هل ذلك محمول على الحقيقة أو محمول على المجاز والسبب الثاني تعارض ظواهر الآثار في وجوب ذلك والسبب الثالث اختلافهم في الامر والنهي الوارد لعل معقولة المعنى هل تلك العلة المفهومة من ذلك الامر والنهي قرينة تنقل الامر من الوجوب إلى الندب والنهي من الحظر إلى الكراهة أم ليست قرينة وأنه لا فرق في ذلك بين العبادة المعقولة وغير المعقولة وانما صار من صاري الفرق في ذلك لأن الأحكام المعقولة المعاني في الشرع أكثرها هي من باب محاسن الاخلاق أو من باب المصالح وهذه في الاكثر هي مندوب اليها فمن حل قوله تعالى وثيابك فطهر على الثياب المحبوسة قال الطهارة من النجاسة واجبة ومن حلها على الكناية عن طهارة القلب لم يرفها حجة

وأما الآثار المتعارضة في ذلك فمنها حديث صاحب القبر المشهور وقوله فيه ما صلى الله عليه وسلم انهما ليعنيان وما يعنiban في كبير أما أحدهما فكان لا يستتزه من بوله فظاهر هذا الحديث يقتضى الوجوب لأن العذاب لا يتعلق إلا بالواجب وأما المعارض لذلك فثبتت عنه عليه الصلاة والسلام من أنه رعى عليه وهو في الصلاة سلا جزور بالدم والفرث فلم يقطع الصلاة وظاهر هذا أنه لو كانت إزالة النجاسة واجبة كوجوب الطهارة من الحدث لقطع الصلاة ومنها ما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام كان في صلاة من الصلوات يصلي في نعليه فطرح نعليه فطرح الناس لطرحة نعالهم فأنكر ذلك عليهم عليه الصلاة والسلام وقال إنما خلعتما لأن جبريل أخبرني أن فيها قنبرا فظاهر هذا أنه لو كانت واجبة لما نبى على ماضى من الصلاة فمن ذهب في هذه الآثار منه بترجيح الظواهر قال أما بالوجوب ان رجح ظاهر حديث الوجوب أو بالنسبة ان رجح ظاهر حديثي النذب أعني الحديثين اللذين يقتضيان ان ازال التهامن باب النذب المؤكد ومن ذهب مذهب الجمع ففهم من قال هي فرض مع الذكر والقدره ساقطة مع النسيان وعدم القدرة ومنهم من قال هي فرض مطلقا وليست من شروط صحة الصلاة وهو قول رابع في المسئلة وهو ضعيف لأن النجاسة إنما تزال في الصلاة وكذلك من فرق بين العبادة المعقولة المعنى وبين الغير معقولة أعنى أنه جعل الغير معقولة أكد في باب الوجوب فرق بين الأمر الوارد في الطهارة من الحدث وبين الأمر الوارد في الطهارة من النجس لان الطهارة من النجس معلوم أن المقصود بها النظافة وذلك من محاسن الاخلاق وأما الطهارة من الحدث فغير معقولة المعنى مع ما اقرن بذلك من صلاحهم في النعال مع أنها لاتنكف من ان يوطأ بها النجاسات غالبا وما أجمعوا عليه من العفو عن اليسير في بعض النجاسات

﴿ الباب الثاني ﴾

وأما أنواع النجاسات فإن العلماء اتفقوا من أعيانها على أربعة ميتة الحيوان ذى الدم الذى ليس بمائى وعلى لحم الخنزير بأى سبب اتفق أن يذهب حياته وعلى الدم نفسه من الحيوان الذى ليس بمائى انفصل من الحيوان ألاميت اذا كان مسفوحا أعنى كثيرا وعلى بول ابن آدم ورجيعه وأكثرهم على نجاسة الخمر وفي ذلك خلاف عن بعض المحدثين واختلفوا في غير ذلك والقواعد من ذلك سبع مسائل (المسئلة الأولى) اختلفوا في ميتة الحيوان الذى لادم له وفي ميتة الحيوان البحرى فذهب قوم الى أن ميتة مالا دم له طاهرة وكذلك ميتة البحر وهو مذهب مالك وأصحابه وذهب قوم الى التسوية بين ميتة ذوات الدم والناتى لادم طاهى النجاسة واستثنوا من ذلك ميتة البحر وهو مذهب الشافعى الاما وقع الاتفاق على أنه ليس بميتة مثل دود الخلل وما يتولد في الأطعمة وسوى قوم بين ميتة البر والبحر واستثنوا ميتة مالا دم له وهو مذهب أبى حنيفة وسبب اختلافهم في مفهوم قوله تعالى (حرمت عليكم الميتة) وذلك انهم فيما أحسب اتفقوا انه من باب العام أرى به الاختصاص واختلفوا أى خاص أرى بديه ففهم من استثنى من ذلك ميتة البحر ومالا دم له ومنهم من استثنى من ذلك ميتة البحر فقط ومنهم من استثنى من ذلك ميتة مالا دم له فقط وسبب اختلافهم في هذه المستثنيات هو سبب اختلافهم في الدليل المخصوص أما من استثنى من ذلك مالا دم له فحجته مفهوم الأثر الثابت عنه عليه الصلاة والسلام من أمره بمقل الذباب اذا وقع في الطعام قالوا فهنا يدل على طهارة الذباب وليس لذلك علة الا انه غير ذى دم وأما الشافعى

فعنده ان هذا خاص بالباب لقوله عليه الصلاة والسلام فان في احدى جناحيه داء وفي الاخرى دواء
 ووهن الشافى هذا المفهوم من الحديث بان ظاهر الكتاب يقتضى ان الميتة والدم نوعان من أنواع
 المحرمات أحدهما تعمل فيه التذكية وهى الميتة وذلك فى الحيوان المباح الأكل باتفاق والدم لاتعمل
 فيه التذكية فحكمهما مفترق فكيف يجوز أن يجمع بينهما حتى يقال ان الدم هو سبب تحريم الميتة
 وهذا أقوى كما ترى فانه لو كان الدم هو السبب فى تحريم الميتة لما كانت ترتفع الحرمة عن الحيوان
 بالذكاة وتبقى حرمية الدم الذى لم ينفصل بعد عن المذكاة وكانت الحلية انما توجد بعد انفصال الدم عنه
 لانه اذا ارتفع السبب ارتفع المسبب الذى يقتضيه ضرورة لانه ان وجد السبب والمسبب غير موجود
 فليس له هو سببا ومثال ذلك انه اذا ارتفع التحريم عن عصير العنب وجب ضرورة أن يرتفع الاسكار
 ان كما نفتقد أن الاسكار هو سبب التحريم وأما من استثنى من ذلك ميتة البحر فانه ذهب الى
 الأثر الثابت فى ذلك من حديث جابر وفيه انهم أكلوا من الحوت الذى رماه البحر أياما وتزوّدوا منه
 وانهم أخبروا بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستحسن فعلهم وسألهم هل بقي منه شئ وهو
 دليل على انه لم يجوز ذلك لهم لمكان ضرورة خروج الزاد عنهم واحتجوا أيضا بقوله عليه الصلاة
 والسلام هو الطهور ماؤه الحل ميتته وأما أبو حنيفة فرجح عموم الآية على هذا الاثر اما لان الآية
 مقطوع بها والأثر مظنون واما لأنه رأى ان ذلك رخصة لهم أعنى حديث جابر أو لانه احتل عنده
 أن يكون الحوت مات بسبب وهو رمى البحر به الى الساحل لأن الميتة هو مات من تلقاء نفسه من غير
 سبب من خارج واختلافهم فى هذا أيضا سبب آخر وهو احتمال عودة الضمير فى قوله تعالى (وطعامه
 متاعكم وللسيارة) أعنى أن يعود على البحر أو على الصيد نفسه فن أعاده على البحر قال طعانه هو
 الطافي ومن أعاده على الصيد قال هو الذى أحل فقط من مسيد البحر مع أن الكوفيين أيضا تمسكوا
 فى ذلك بأثر ورد فيه تحريم الطافي من السمك وهو عندهم ضعيف (المسئلة الثانية) وكما اختلفوا
 فى أنواع الميتات كذلك اختلفوا فى أجزاء ما اتفقوا عليه انه ميتة وذلك انهم اتفقوا على أن اللحم من أجزاء
 الميتة ميتة واختلفوا فى العظام والشعر فذهب الشافى الى أن العظم والشعر ميتة وذهب أبو حنيفة
 الى أنهما ليسا بميتة وذهب مالك للفرق بين الشعر والعظم فقال ان العظم ميتة وليس الشعر ميتة
 وسبب اختلافهم هو اختلافهم فيما ينطلق عليه اسم الحياة من أفعال الأعضاء فمن رأى ان النمو والتغذى
 هو من أفعال الحياة قال ان الشعر والعظام اذا فقدت النمو والتغذى فهى ميتة ومن رأى انه لا ينطلق
 اسم الحياة الا على الحس قال ان الشعر والعظام ليست بميتة لأنها لا حس لها ومن فرق بينهما أوجب
 للعظام الحس ولم يوجب للشعر وفى حس العظام اختلاف والامر مختلف بين الاطباء وما يدل على أن
 التغذى والنمو ليسا هما الحياة التى يطلق على علمها اسم الميتة ان الجميع قد اتفقوا على أن ما قطع من
 البهيمة وهى حية انه ميتة لورود ذلك فى الحديث وهو قوله عليه الصلاة والسلام ما قطع من البهيمة وهى
 حية فهو ميتة واتفقوا على أن الشعر اذا قطع من الحي أنه طاهر ولو انطلق اسم الميتة على من فقد
 التغذى والنمو لقليل فى النبات المقالوع انه ميتة وذلك أن النبات فيه التغذى والنمو وللشافى أن يقول ان
 التغذى الذى ينطلق على عدمه اسم الموت هو التغذى الموجود فى الحساس (المسئلة الثالثة)

اختلفوا في الانتفاع بجلود الميتة فذهب قوم الى الانتفاع بجلودها مطلقا دبغت أو لم تدبغ وذهب قوم الى خلاف هذا وهو ألا ينتفع بها أصلا وان دبغت وذهب قوم الى الفرق بين أن تدبغ وأن لا تدبغ ورأوا أن الدباغ مطهر لها وهو مذهب الشافعي وأبي حنيفة وعن مالك في ذلك روايتان أحدهما مثل قول الشافعي والثانية أن الدباغ لا يطهرها ولكنها تستعمل في اليابسات والذين ذهبوا الى أن الدباغ مطهر اتفقوا على أنه مطهر لما تعمل فيه الذكاة من الحيوان أعني المباح الأكل واختلفوا فيما لا تعمل فيه الذكاة فذهب الشافعي الى أنه مطهر لما تعمل فيه الذكاة فقط وأنه بدل منها في افادة الطهارة وذهب أبو حنيفة الى تأثير الدباغ في جميع ميتات الحيوان ماعدا الخنزير وقال داود تطهر حتى جاد الخنزير وسبب اختلافهم تعارض الآثار في ذلك وذلك أنه ورد في حديث ميمونة ابنة الانتفاع بها مطلقا وذلك ان فيه أنه مريم فقال عليه الصلاة والسلام هلا انتفعتم بجلدنا وفي حديث ابن عكيم منع الانتفاع بها مطلقا وذلك ان فيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب ألا تنتفعوا من الميتة باهاب ولا عصب قال وذلك قبل موته بعام وفي بعضها الامر بالانتفاع بها بعد الدباغ والمنع قبل الدباغ والثابت في هذا الباب هو حديث ابن عباس أنه عليه الصلاة والسلام قال اذا دبغ الاهداب فقد طهر فلما كان اختلاف هذه الآثار اختلف الناس في تأويلها فذهب قوم من مذهب الجع على حديث ابن عباس أعني أنهم فرقوا في الانتفاع بها بين المدبوغ وغير المدبوغ وذهب قوم من مذهب النسخ فأخذوا بحديث ابن عكيم لقوله فيه قبل موته بعام وذهب قوم من مذهب الترجيح لحديث ميمونة ورأوا أنه يتضمن زيادة على ما في حديث ابن عباس وإن تحريم الانتفاع ليس يخرج من حديث ابن عباس قبل الدباغ لان الانتفاع غير الطهارة أعني كل طاهر ينتفع به وليس يلزم عكس هذا المعنى أعني أن كل ما ينتفع به هو طاهر (المسئلة الرابعة) اتفق العلماء على أن دم الحيوان البرى نجس واختلفوا في دم السمك وكذلك اختلفوا في الدم القليل من دم الحيوان غير البحرى فقال قوم دم السمك طاهر وهو أحد قولى مالك ومذهب الشافعي وقال قوم هو نجس على أصل السماء وهو قول مالك في المدبوة وكذلك قال قوم ان قليل السماء معقونه وقال قوم بل القليل منها والكثير حكمه واحد والأول عليه الجمهور والسبب في اختلافهم في دم السمك هو اختلافهم في ميتته فمن جعل ميتته داخلة تحت عموم التحريم جعل دمه كذلك ومن أخرج ميتته أخرج دمه قياسا على الميتة وفي ذلك أثر ضعيف وهو قوله عليه الصلاة والسلام أحلت لنا ميتتان ودمان الجراد والحوت والكبد والطحال وأما اختلافهم في كثير الدم وقليله فسببه اختلافهم في القضاء بالمقيد على المطلق أو بالمطلق على المقيد وذلك أنه ورد تحريم الدم مطلقا في قوله تعالى (حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير) وورد مقيدا في قوله تعالى (قل لا أجد فيما أوحى الى محرما) الى قوله (أو دما مسفوحا ولحم خنزير) فمن قضى بالمقيد على المطلق وهم الجمهور قال المسفوح هو النجس المحرم فقط ومن قضى بالمطلق على المقيد لأن فيه زيادة قال المسفوح وهو الكثير وغير المسفوح وهو القليل كل ذلك حرام وأيد هذا بان كل ما هو نجس لعينه فلا يتبع بعض (المسئلة الخامسة) اتفق العلماء على نجاسة بول ابن آدم ورجيعه الا بول الصبي الرضيع واختلفوا فيما سواه من الحيوان فذهب الشافعي وأبو حنيفة الى أنها كلها نجسة وذهب قوم الى طهارتها باطلاق أعني قتلنى سائر الحيوان البول والرجيع

وقال قوم أبواها وأرواها تابعة للحومها فما كان منها لحومها محرمة فأبواها وأرواها نجسة محرمة وما كان منها لحومها مأكولة فأبواها وأرواها طاهرة ما عدا التي تأكل النجاسة وما كان منها مكروها فأبواها وأرواها مكروحة وهذا قال مالك كما قال أبو حنيفة بذلك في الأسار وسبب اختلافهم شيان أحدهما اختلافهم في مفهوم الإباحة الواردة في الصلاة في مريض الغنم وباحته عليه الصلاة والسلام للعرنيين شرب أبوال الابل وألبتها وفي مفهوم النهي عن الصلاة في أعطان الابل والسبب الثاني اختلافهم في قياس سائر الحيوان في ذلك على الانسان فمن قاس سائر الحيوان على الانسان ورأى انه من باب قياس الأولى والأخرى ولم يفهم من إباحة الصلاة في مريض الغنم طهارة أرواها وأبواها جعل ذلك عبادة ومن فهم من النهي عن الصلاة في أعطان الابل النجاسة وجعل إباحته للعرنيين أبوال الابل لمكان المداواة على أصله في إجازة ذلك قال كل رجيع وبول فهو نجس ومن فهم من حديث إباحة الصلاة في مريض الغنم طهارة أرواها وأبواها وكذلك من حديث العرنيين وجعل النهي عن الصلاة في أعطان الابل عبادة أو بمعنى غير معنى النجاسة وكان الفرق عنده بين الانسان وبهيمة الأنعام ان فضلت الانسان مستفطرة بالطبع وفضلتي بهيمة الأنعام ليست كذلك جعل الفضلات تابعة للحوم والله أعلم ومن قاس على بهيمة الأنعام غيرها جعل الفضلات كلها ما عدا فضلت الانسان غير نجسة ولا محرمة والمسئلة محتملة ولو لانه لا يجوز أحداث قول لم يتقدم اليه أحد في المشهور وان كانت مسئلة فيها خلاف لقليل ان ما ينبت منها ويستقر بخلاف ما لا ينبت ولا يستقر وبخاصة ما كان منها رأتحة حسنة لاتفاقهم على إباحة الغنم وهو عند أكثر الناس فضلة من فضلات حيوان في البحر وكذلك المسك وهو فضلة دم الحيوان الذي يوجد المسك فيه فيما يذكر (المسئلة السادسة) اختلف الناس في قليل النجاسات على ثلاثة أقوال فقوم رأوا قليلها وكثيرها سواء ومن قال بهذا القول الشافعي وقوم رأوا ان قليل النجاسات معفو عنه وحده بقدر الدرهم البغلي ومن قال بهذا القول أبو حنيفة وشذ محمد بن الحسن فقال ان كانت النجاسة ربع الثوب فادونه جازت به الصلاة وقال فريق ثالث قليل النجاسات وكثيرها سواء الا الدم على ما تقدم وهو منسحب مالك وعنه في دم الحيض روايتان والأشهر مساواته لسائر الدماء وسبب اختلافهم اختلافهم في قياس قليل النجاسة على الرخصة الواردة في الاستجمار للعلم بان النجاسة هناك باقية فمن أجاز القياس على ذلك استجاز قليل النجاسة ولذلك حده بالدرهم قياسا على قبر المخرج ومن رأى ان تلك رخصة والرخص لا يقاس عليها منع ذلك وأما سبب استثناء مالك من ذلك السماء فقد تقدم وتفصيل مذهب أبي حنيفة ان النجاسات عنده تنقسم الى مغلفة ومخففة وان المغلفة هي التي يعنى منها عن قدر الدرهم والمخففة هي التي يعنى منها عن ربع الثوب والمخففة عندهم هي مثل أرواث السواب وما لاتنفع منه الطرق غالبا وتقسيمها الى مغلفة ومخففة حسن جدا (المسئلة السابعة) اختلفوا في المني هل هو نجس أم لا فذهب طائفة منهم مالك وأبو حنيفة الى انه نجس وذهب طائفة الى انه طاهر وهذا قال الشافعي وأحمد وداود وسبب اختلافهم فيه شيان أحدهما اضطراب الرواية في حديث عائشة وذلك في ان في بعضها كنت أغسل ثوب رسول الله صلى الله عليه وسلم من المني فيخرج الى الصلاة وان فيه لبقع الماء وفي بعضها كنت أفركه من ثوب رسول الله صلى الله

عليه وسلم وفي بعضها فيصلى فيه خرج هذه الزيادة مسلم والسبب الثاني تردد المتن بين أن يشبه بالأحداث الخارجة من البدن وبين أن يشبه بخروج الفضلات الطاهرة كاللبن وغيره فمن جمع الأحاديث كلها بان حل الغسل على باب النظافة واستدل من الفرق على الطهارة على أصله في أن الفرق لا يظهر نجاسة وقاسه على اللبن وغيره من الفضلات الشريفة لم يره نجسا ومن رجح حديث الغسل على الفرق وفهم منه النجاسة وكان بالأحداث عنده أشبه منه مما ليس بحدث قال انه نجس وكذلك أيضا من اعتقد أن النجاسة تزول بالفرق قال الفرق يدل على نجاسته كما يدل الغسل وهو من ذهب إلى حنيفة وعلى هذا فلا حجة لاولئك في قولها فيصلى فيه بل فيه حجة لأبي حنيفة في أن النجاسة تزال بغير الماء وهو خلاف قول المالكية

﴿ الباب الثالث ﴾

وأما المحال التي تزال عنها النجاسات فثلاثة ولا خلاف في ذلك أحدها الأبدان ثم الثياب ثم المساجد ومواضع الصلاة وانما اتفق العلماء على هذه الثلاثة لأنها منطوق بها في الكتاب والسنة أما الثياب ففي قوله تعالى (وثيابك فطهر) على منذهب من جعلها على الحقيقة وفي الثابت من أمره عليه الصلاة والسلام بغسل الثوب من دم الخيض وصبه الماء على بول الصبي الذي بال عليه وأما المساجد فلا مره عليه الصلاة والسلام بصب ذنوب من ماء على بول الاعرابي الذي بال في المسجد وكذلك ثبت عنه عليه الصلاة والسلام انه أمر بغسل المذي من البدن وغسل النجاسات من المخرجين واختلف الفقهاء هل يغسل الذكر كله من المذي أم لا لقوله عليه الصلاة والسلام في حديثه على المشهور وقد استدل عن المذي فقال يغسل ذكره ويتوضأ وسبب الخلاف فيه هو هل الواجب هو الأخذ بأوائل الأسماء أو بأواخرها فمن رأى انه بأوائلها أعنى بأكثر ما ينطلق عليه الاسم قال يغسل الذكر كله ومن رأى الأخذ بأقل ما ينطلق عليه قال انما يغسل موضع الأذى فقط وقياسا على البول والمذي

﴿ الباب الرابع ﴾

وأما الشيء الذي به تزال فان المسلمين اتفقوا على أن الماء الطاهر المطهر يزيلها من هذه الثلاثة المحال واتفقوا أيضا على أن الحجارة تزيلها من المخرجين واختلفوا فيما سوى ذلك من المائعات والجمادات التي تزيلها فذهب قوم إلى ان ما كان طاهرا يزيل عين النجاسة مائعا كان أو جامدا في أى موضع كانت وبه قال أبو حنيفة وأصحابه وقال قوم لا تزال النجاسة بمساوى الماء إلا في الاستجمار فقط المتفق عليه وبه قال مالك والشافعي واختلفوا أيضا في ازالته في الاستجمار بالعظم والروث فنع ذلك قوم وأجازوه بغير ذلك ما ينقي واستثنى مالك من ذلك ما هو مطعوم خورمة كالخبز وقد قيل ذلك فيما في استعماله سرف كالذهب والياقوت وقوم قصروا الانتفاء على الاستجمار فقط وهو منذهب أهل الظاهر وقوم أجازوا الاستنجاء بالعظم دون الروث وان كان مكرها عندهم وشذ الطبري فأجاز الاستجمار بكل طاهر ونجس وسبب اختلافهم في إزالة النجاسة بماء الماء فماعد المخرجين هو هل المقصود بإزالة النجاسة بالماء هو اتلاف عينها فقط فيستوى في ذلك مع الماء كل ما يتلف عينها أم للماء في ذلك مزيد خصوص ليس لغبر الماء فن لم يظهر عنده للماء مزيد خصوص قال بازالتها بسائر المائعات والجمادات الطاهرة وأبدها

المفهوم بالاتفاق على إزالتها من المخرجين بغير الماء وبما ورد من حديث أم سلمة أنها قالت اتى امرأة أطيلى ذيلي وأمشى في المكان القدر فقال لمارسول الله صلى الله عليه وسلم يطهره ما بعده وكذلك بالآثار التي خرجها أبو داود في هذا مثل قوله عليه الصلاة والسلام اذا طلى أحدكم الأذى بنعله فان التراب له طهور الى غير ذلك مما روى في هذا المعنى ومن رأى أن الماء في ذلك من يد خصوص منع ذلك الا في موضع الرخصة فقط وهو المخرجان ولما طالبت الحنفية الشافعية بذلك الخصوص المزيدي للماء لجأ في ذلك الى انها عبادة اذ لم يقدرُوا أن يعطوا في ذلك سبباً معقولاً حتى انهم سلموا ان الماء لا يزيل النجاسة بمعنى معقول وانما ازالته بمعنى شرعى حكمي وطال الخطب والجدال بينهم هل ازالة النجاسة بالماء عبادة أو معنى معقول خلفا عن سلف واضطرت الشافعية الى أن تثبت ان في الماء قوة شرعية في رفع أحكام النجاسات ليست في غيره وان استوى مع سائر الأشياء في ازالة العين وأن المقصود انما هو ازالة ذلك الحكم الذي اختص به الماء لاذهاب عين النجاسة بل قديس ذهب العين ويبقى الحكم فباعداً المقصد وقد كانوا اتفقوا قبل مع الحنفيين ان طهارة النجاسة ليست طهارة حكمية أعني شرعية ولذلك لم يحتاج الى نية ولو ارموا الانفصال عنهم بانا نرى أن الماء قوة احالة للنجاس والادناس وقلمها من الثياب والابدان ليست لغيره ولذلك اعقده الناس في تنظيف الابدان والثياب لكان قولاً جيداً وغير بعيد بل لعله واجب أن يعتقد أن الشرع انما اعتمد في كل موضع غسل النجاسات بالماء لهذه الخاصية التي في الماء ولو كانوا قالوا هذا لكانوا قد قالوا في ذلك قولاً هو أدخل في منهج الفقه الجارى على المعاني وانما يلجأ الفقيه الى أن يقول عبادة اذا ضاق عليه المسلك مع الخصم فتأمل ذلك فانه بين من أمرهم في أكثر المواضع وأما اختلافهم في الروث فسببه اختلافهم في المفهوم من النهي الوارد في ذلك عنه عليه الصلاة والسلام أعني أمره عليه الصلاة والسلام أن لا يستنجى بعظم ولا روث فمن دل عنده النهي على الفساد لم يجز ذلك ومن لم يرد ذلك اذ كانت النجاسة معنى معقولاً حل ذلك على الكراهية ولم يعده الى ابطال الاستنجاء بذلك ومن فرق بين العظام والروث فلان الروث نجس عنده

❦ الباب الخامس ❦

وأما الصفة التي بها تزول فاتفق العلماء على انها غسل ومسح ونضح ولور وذلك في الشرع وثبوته في الآثار واتفقوا على أن الغسل عام لجميع أنواع النجاسات ولجميع محال النجاسات وأن المسح بالأحجار يجوز في المخرجين ويجوز في الخفين وفي النعلين من العشب اليابس وكذلك ذيل المرأة الطويل اتفقوا على أن طهارته هي على ظاهر حديث أم سامة من العشب اليابس واختفوا من ذلك في ثلاثة مواضع هي أصول هذا الباب أحدها في النضح لأي نجاسة هو والثاني في المسح لأي محل هو ولأي نجاسة هو بعد أن اتفقوا على ما ذكرناه والثالث اشتراط العدد في الغسل والمسح أما النضح فان قوماً قالوا هذا خاص بإزالة بول الطفل الذي لم يأكل الطعام وقوم فرقوا بين بول الذكر في ذلك والأنثى فقالوا ينضح بول الذكر ويغسل بول الأنثى وقوم قالوا الغسل طهارة ما يتيقن بنجاسته والنضح طهارة ما شك فيه وهو منهج مالك بن أنس رضي الله عنه ❦ وسبب اختلافهم تعارض ظواهر الأحاديث في ذلك أعني اختلافهم في مفهومها وذلك أن ههنا حديثين ثابتين في النضح أحدهما حديث عائشة أن النبي عليه

الصلاة والسلام كان يؤتى بالبيان فيرك عليهم ويحكنهم فأتى بصبي فبال عليه فدعا جماء فاتبعه بوله ولم يغسله وفي بعض رواياته فنفضحه ولم يغسله خرجه البخاري والآثر حديث أنس المشهور حين وصف صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم في بيته قال فقمنا إلى حصيرنا قد اسود من طول ما لبث فنفضخته بالماء فغن الناس من صار إلى العمل بمقتضى حديث عائشة وقال هذا خاص ببول الصبي واستثناء من سائر البول ومن الناس من رجح الآثار الواردة في الغسل على هذا الحديث وهو مذهب مالك ولم ير النضر إلا الذي في حديث أنس وهو الثوب المشكوك فيه على ظاهر مفهومه وأما الذي فرق في ذلك بين بول الذكر والأنثى فإنه اعقد على ما رواه أبو داود عن أبي السمع من قوله عليه الصلاة والسلام يغسل بول الجارية ويرش بول الصبي وأما من لم يفرق فإنما اعقد قياس الأتي على الذكر الذي ورد فيه الحديث الثابت وأما المسح فإن قوماً أجازوه في أي محل كانت النجاسة إذا ذهب عنها على مذهب أبي حنيفة وكذلك الفرق على قياس من يرى أن كل ما زال العين فقد طهر وقوم لم يجزوه إلا المتفق عليه وهو المخرج وفي ذيل المرأة وفي الخلف وذلك من العشب اليابس لا من الأذى غير اليابس وهو مذهب مالك وهؤلاء لم يعدوا المسح إلى غير المواضع التي جاءت في الشرع وأما الفريق الآخر فاتهم عدوه * والسبب في اختلافهم في ذلك هل ما ورد من ذلك رخصة أم حكم فغن قال رخصة لم يعدها إلى غيرها أعني لم يقس عليها ومن قال هو حكم من أحكام إزالة النجاسة حكم الغسل عداه وأما اختلافهم في العدد فإن قوماً اشترطوا الإلقاء فقط في الغسل والمسح وقوم اشترطوا العدد في الاستجمار وفي الغسل والذين اشترطوه في الغسل منهم من اقتصر على المحل الذي ورد فيه العدد في الغسل بطريق السمع ومنهم من عداه إلى سائر النجاسات أما من لم يشترط العدد لا في غسل ولا في مسح فمنهم مالك وأبو حنيفة وأما من اشترط في الاستجمار العدد أعني ثلاثة أحجار لأقل من ذلك فمنهم الشافعي وأهل الظاهر وأما من اشترط العدد في الغسل واقتصر به على محله الذي ورد فيه وهو غسل الأناة سبعاً ولو غس الكلب فالشافعي ومن قال بقوله وأما من عداه واشترط السبع في غسل النجاسات ففي أغلب ظني أن أحد بن حنبل منهم وأبو حنيفة يشترط الثلاثة في إزالة النجاسة الغير محسوسة العين أعني الحكمية * وسبب اختلافهم في هذا تعارض المفهوم من هذه العبادة لظاهر اللفظ في الأحاديث التي ذكر فيها العدد وذلك أن من كان المفهوم عنده من الأمر بإزالة النجاسة إزالة عينها لم يشترط العدد أصلاً وجعل العدد الوارد من ذلك في الاستجمار في حديث سلمان الثابت الذي فيه الأمر ألا لا يستنجي بأقل من ثلاثة أحجار على سبيل الاستحباب حتى يجمع بين المفهوم من الشرع والمسموع من هذه الأحاديث وجعل العدد المشترط في غسل الأناة من ولو غس الكلب عبادة لالنجاسة كما تقدم من مذهب مالك وأما من صار إلى طواهر هذه الآثار واستثناءها من المفهوم فاقتصر بالعدد على هذه المحال التي ورد العدد فيها وأما من رجح الظاهر على المفهوم فإنه عدى ذلك إلى سائر النجاسات وأما حجة أبي حنيفة في الثلاثة فقوله عليه الصلاة والسلام إذا استيقظ أحدكم من نومه فليغسل يده ثلاثاً قبل أن يدخلها في إنائه

﴿ الباب السادس ﴾

وأما آداب الاستنجاء ودخول الخلاء فأكثرها محمولة عند الفقهاء على الندب وهي معلومة من السنة

كالبعد في المذهب اذا اراد الحاجة وترك الكلام عليها والنهي عن الاستنجاء باليمين والايمس ذكره
 يمينه وغير ذلك مما ورد في الآثار وانما اختلفوا من ذلك في مسئلة واحدة مشهورة وهي استقبال القبلة
 للغائط والبول واستدبارها فان للعلماء فيها ثلاثة أقوال قول انه لا يجوز أن تستقبل القبلة لغائط ولا بول
 أصلا ولا في موضع من المواضع وقول ان ذلك يجوز باطلاق وقول انه يجوز في المباني والمدن ولا يجوز
 ذلك في الصحراء وفي غير المباني والمدن * والسبب في اختلافهم هذا حديثان متعارضان ثابتان
 أحدهما حديث أبي أيوب الانصاري أنه قال عليه الصلاة والسلام اذا أتيتم الغائط فلا تستقبلوا القبلة
 ولا تستدبروها ولكن شرقوا أو غربوا والحديث الثاني حديث عبد الله بن عمر أنه قال ارتقيت على
 ظهر بيت أختي حفصة فرأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم قاعدا لحاجته على لبنتين مستقبل الشام
 مستدبر القبلة فذهب الناس في هذين الحديثين ثلاثة مذاهب أحدها مذهب الجع والثاني مذهب
 الترجيع والثالث مذهب الرجوع الى البراءة الأصلية اذا وقع التعارض وأعني بالبراءة الأصلية عدم
 الحكم فن ذهب مذهب الجع حل حديث أبي أيوب الانصاري على الصحاري وحيث لاسترة وحل
 حديث ابن عمر على السرة وهو مذهب مالك ومن ذهب مذهب الترجيع رجح حديث أبي أيوب لأنه
 اذا تعارض حديثان أحدهما فيه شرع موضوع والآخر موافق للاصل الذي هو عدم الحكم ولم يعلم
 المتقدم منهما من المتأخر وجب أن يصار الى الحديث المثبت للشرع لأنه قد وجب العمل بنقله من طريق
 العدول وتركه الذي وردا بضامن طريق العدول يمكن أن يكون ذلك قبل شرع ذلك الحكم ويمكن أن
 يكون بعده فلم يجوز أن ترك شرعا وجب العمل به بظن لم يؤمر أن نوجب النسخ به الا لو نقل انه كان بعده
 فان الظنون التي تستند اليها الاحكام محدودة بالشرع أعني التي توجب رفعها أو إيجابها وليست هي أي ظن
 اتفق ولذلك ما يقولون ان العمل لم يجب بالظن وانما وجب بالاصل المقطوع به يريدون بذلك الشرع
 المقطوع به الذي أوجب العمل بذلك النوع من الظن وهذه الطريقة التي قلناها هي طريقة أبي محمد بن
 حزم الأندلسي وهي طريقة جيدة مبنية على أصول أهل الكلام الفقهية وهو راجع الى انه لا يرتفع بالشك
 ما ثبت بالدليل الشرعي وأما من ذهب مذهب الرجوع الى الاصل عند التعارض فهو مبني على أن الشك
 يسقط الحكم ويرفعه وانه كالحكم وهو مذهب داود الظاهري ولكن خالفه أبو محمد بن حزم في هذا الاصل
 مع أنه من أصحابه (قال القاضي) فهذا هو الذي رأينا أن تنبته في هذا الكتاب من المسائل التي ظننا انها
 مجرى مجرى الاصول وهي التي نلقي بها في الشرع أكثر ذلك أعني ان أكثرها يتعلق بالمنطوق به اما تعلقا
 قريبا أو قريبا من القريب وان تذكرنا شئ من هذا الجنس أمبئناه في هذا الباب وأكثر ما عولت
 فيما نقلته من نسبة هذه المذاهب الى أربابها هو كتاب الاستدكار وأنا قد أبحث لمن وقع من ذلك على وهم
 لي أن يصلحه والله المعين والموفق

✽ كتاب الصلاة ✽

✽ بسم الله الرحمن الرحيم ✽ صلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما الصلاة تنقسم
 أولا بالجللة الى فرض ونadb والقول المحيط باصول هذه العبادة ينحصر بالجللة في أربعة أجناس أعني
 أربع جل بالجللة الاولى في معرفة الوجوب وما يتعلق به والجللة الثانية في معرفة شروطها الثلاث أعني
 شروط الوجوب وشروط الصحة وشروط التمام والكمال والجللة الثالثة في معرفة ما تشتمل عليه من

أفعال وأقوال وهي الأركان الجلة الرابعة في قضائها ومعرفة اصلاح ما يقع فيها من الخلل وجبره لانه قضاء ما
اذ كان استندرا كلما فات (الجلة الاولى) وهذه الجلة فيها أربع مسائل هي في معنى أصول هذا الباب
المسئلة الاولى في بيان وجوبها الثانية في بيان عدد الواجبات منها الثالثة في بيان على من تجب الرابعة
ما الواجب على من تركها متعمدا (المسئلة الاولى) أما وجوبها فبين من الكتاب والسنة والاجماع
وشهرة ذلك نفى عن تكلف القول فيه (المسئلة الثانية) وأما عدد الواجب منها ففيه قولان أحدهما
قول مالك والشافعي والاكثر وهو ان الواجب هي الخمس صلوات فقط لا غير والثاني قول أبي حنيفة
وأصحابه وهو ان الوتر واجب مع الخمس واختلافهم هل يسمى مائتة بالنسبة واجبا أو فرضا لا معنى له
وسبب اختلافهم الاحاديث المتعارضة أما الاحاديث التي مفهومها وجوب الخمس فقط بل هي نص في ذلك
مفسهورة وثابتة ومن أيناها في ذلك ماورد في حديث الاسراء المشهور أنه لما بلغ الفرض الى خمس قاله
موسى ارجع الى ربك فان أمتك لا تطيق ذلك قال فراجعته فقال تعالى هي خمس وهي خمسون لا يبدل
القول لى وحديث الاعرابي المشهور الذي سأل النبي عليه الصلاة والسلام عن الاسلام فقال له خمس
صلوات في اليوم والليلة قال هل على غيرها قال لا الآن تطوع وأما الاحاديث التي مفهومها وجوب
الوتر فيها حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ان الله
قد زادكم صلاة وهي الوتر فافظوا عليها وحديث حارثة بن حذافة قال خرج علينا رسول الله صلى الله
عليه وسلم فقال ان الله امركم بصلاة هي خير لكم من حمر النعم وهي الوتر وجعلها لكم فيما بين صلاة العشاء الى
طلوع الفجر وحديث بريدة الاسلمي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الوتر حق فمن لم يوتر فليس منا
فمن رأى أن الزيادة هي نسخ ولم تقو عنده هذه الاحاديث قوة تباه بها أن تكون ناسخة لتلك الاحاديث
الثابتة المشهورة رجح تلك الاحاديث وأضاف انه ثبت من قوله تعالى في حديث الاسراء انه لا يبدل القول
لدى وظاهره انه لا يزاد فيها ولا ينقص منها وان كان هو في النقصان أظهر واخبر ليس يدخله النسخ ومن
بلغت عنده قوة هذه الاخبار التي اقتضت الزيادة على الخمس الى رتبة توجب العمل أو جب المصير الى هذه
الزيادة لاسيما ان كان ممن يرى ان الزيادة لا توجب نسخا لكن ليس هذا من رأى أبي حنيفة (المسئلة
الثالثة) وأما على من تجب فعلى المسلم البالغ ولا خلاف في ذلك (المسئلة الرابعة) وأما الواجب على
من تركها عمدا وأمر بها فأني أن يصلها لا يجوز لها لفرضا فان قوما قالوا يقتل وقوما قالوا يعزر ويحبس
والذين قالوا يقتل منهم من أوجب قتله كفر او هو منهب أجد واسحق وابن المبارك ومنهم من أوجبه حدا
وهو منهب مالك والشافعي وأبو حنيفة وأصحابه وأهل الظاهر ممن رأى حبسه وتعزيره حتى يصلى
والسبب في هذا الاختلاف اختلاف الآثار وذلك انه ثبت عنه عليه الصلاة والسلام انه قال لا يحل دم
امرئ مسلم الا يحدى ثلاث كفر بعد ايمان أو زنا بعد احسان أو قتل نفس بغير نفس وروى عنه عليه
الصلاة والسلام من حديث بريدة انه قال العهد الذي بيننا وبينهم الصلاة فمن تركها فقد كفر وحديث
جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ليس بين العبد وبين الكفر أو قال الشرك الا ترك الصلاة
فمن فهم من الكفر ههنا الكفر الحقيقي جعل هذا الحديث كأنه تفسير لقوله عليه الصلاة والسلام كفر
بعد ايمان ومن فهم ههنا التغليظ والتوبيخ أى ان أفعاله أفعال كافر وانه في صورة كافر كما قال لا يزنى

المؤمن حين يزني وهو مؤمن ولا يسرق السارق حين يسرق وهو مؤمن لم يرتكبه كفراً وأما من قال يقتل حداً فضيف ولا مستندله الاقياس شبه ضعيف ان أمكن وهو تشبيه الصلاة بالقتل في كون الصلاة رأس المأمورات والقتل رأس المنهيات وعلى الجملة فاسم الكفر انما ينطلق بالحقيقة على التكذيب وتارك الصلاة معلوم أنه ليس بمكذب إلا أن يتركها معتقداً لتركها هكذا فممن اذا عين أحد أمرين امان أردنا ان نفهم من الحديث الكفر الحقيقي يجب علينا أن نتأول انه أراد عليه الصلاة والسلام من ترك الصلاة معتقداً لتركها فقد كفر واما ان يحمل اسم الكفر على غير موضوعه الأوّل وذلك على أحد معنيين اما على أن حكمه حكم الكافر أعني في القتل وسائر أحكام الكفار وان لم يكن مكذباً واما على أن أفعاله أفعال كافر على جهة التغليظ والردع له أي ان فاعل هذا يشبه الكافر في الأفعال اذ كان الكافر لا يصلي كما قال عليه الصلاة والسلام لا يزني المؤمن حين يزني وهو مؤمن وحله على أن حكمه حكم الكافر في أحكامه لا يجب المصير اليه الابدليل لانه حكم لم يثبت بعد في الشرع من طريقه بحج المصير اليه فقد يجب اذ لم يدل عندنا على الكفر الحقيقي الذي هو التكذيب أن يدل على المعنى المجازي لا على معنى بوجوب حكم لم يثبت بعد في الشرع بل يثبت ضده وهو انه لا يحل دمه اذ هو خارج عن الثلاث الذين نص عليهم الشرع فتأمل هذا فانه بين والله أعلم أعني انه يجب علينا أحد أمرين امان تقدر في الكلام محذوفاً ان أردنا حله على المعنى الشرعي المفهوم من اسم الكفر واما أن نحمله على المعنى المستعار واما حله على ان حكمه حكم الكافر في جميع أحكامه مع انه مؤمن فثنى مفارق للاصول مع ان الحديث نص في حق من يجب قتله كفرًا وحدها ولذلك صار هذا القول مضاهياً لقول من يكفر بالذنوب (الجملة الثانية في الشروط) وهذه الجملة فيها ثمانية أبواب الباب الأول في معرفة الاوقات الثاني في معرفة الأذان والاقامة الثالث في معرفة القبلة الرابع في ستر العورة واللباس في الصلاة الخامس في اشتراط الطهارة من النجس في الصلاة السادس في تعيين المواضع التي يصلي فيها من المواضع التي لا يصلي فيها السابع في معرفة الشروط التي هي شروط في صحة الصلاة الثامن في معرفة النية وكيفية اشتراطها في الصلاة

﴿ الباب الأول ﴾

وحذا الباب ينقسم أولاً الى فصلين الأول في معرفة الاوقات المأمور بها الثاني في معرفة الاوقات المنهي عنها

﴿ الفصل الأول ﴾

وهذا الفصل ينقسم الى قسمين أيضاً القسم الاول في الاوقات الموسعة والمختارة والثاني في اوقات أهل الضرورة (القسم الاول) من الفصل الاول من الباب الاول من الجملة الثانية والاصل في هذا الباب قوله تعالى (ان الصلاة كانت على المؤمنين كتاباً موقوتاً) اتفق المسلمون على ان للصلاة خمس اوقات خمساً هي شرط في صحة الصلاة وان منها اوقات فضيلة وأوقات توسعة واختلفوا في حدود اوقات التوسعة والفضيلة وفيه خمس مسائل (المسئلة الاولى) اتفقوا على ان أول وقت الظهر الذي لا تجوز قبله هو الزوال الاخلاقاً شاذاً روى عن ابن عباس والاماروي من الخلاف في صلاة الجمعة على ماسياً في واختلفوا منها في موضعين في آخر وقتها الموسع وفي وقتها المرغوب فيه فأما آخر وقتها الموسع فقال مالك والشافعي وأبو نؤير وداود هو أن يكون ظل كل شيء مثله وقال أبو حنيفة آخر الوقت أن يكون ظل كل شيء

مثليه في إحدى الروايتين عنه وهو عنده أول وقت العصر وقصروى عنه أن آخر وقت الظهر هو المثلث وأول وقت العصر المثلان وإن ما بين المثل والمثلين ليس يصلح لصلاة الظهر وبه قال أصحابه أبو يوسف ومحمد وسبب الخلاف في ذلك اختلاف الأحاديث وذلك أنه ورد في إمامة جبريل أنه صلى بالنبي صلى الله عليه وسلم الظهر في اليوم الأول حين زالت الشمس وفي اليوم الثاني حين كان ظل كل شيء مثله ثم قال الوقت ما بين هذين وروى عنه قال صلى الله عليه وسلم انما بقاؤكم فيما سلف قبلكم من الامم كما بين صلاة العصر التي غروب الشمس أوتي أهل التوراة التوراة فعملوا حتى إذا انتصف النهار ثم عجزوا فاعطوا قيراطا قيراطا ثم أوتي أهل الانجيل الانجيل فعملوا الى صلاة العصر ثم عجزوا فاعطوا قيراطا قيراطا ثم أوتينا القرآن فعملنا الى غروب الشمس فاعطينا قيراطين قيراطين فقال أهل الكتاب أى ربنا أعطيت هؤلاء قيراطين قيراطين وأعطينا قيراطا قيراطا ونحن كنا أكرمهم قال الله تعالى هل ظلمتكم من أجركم من شيء قالوا لا قال فهو فضلى أوتيه من أشاء فذهب مالك والشافعي الى حديث إمامة جبريل وذهب أبو حنيفة الى مفهوم ظاهر هذا وهو أنه إذا كان من العصر الى الغروب أقصر من أول الظهر الى العصر على مفهوم هذا الحديث فواجب أن يكون أول العصر أكثر من قامة وإن يكون هذا هو آخر وقت الظهر قال أبو محمد بن حزم وليس كما ظنوا وقد امتنعت الأمر فوجلت القامة تنتهى من النهار الى تسع ساعات وكسر (قال القاضي) أنا الشاك في الكسر وأظنه قال وثلاث وحجة من قال بإيصال الوقتين أعنى اتصالا لا بفصل غير منقسم قوله عليه الصلاة والسلام لا يخرج وقت صلاة حتى يدخل وقت أخرى وهو حديث ثابت وأما وقتها المرغب فيه والمختار فذهب مالك الى أنه للنفرد أول الوقت ويستحب تأخيرها عن أول الوقت قليلا في مساجد الجماعات وقال الشافعي أول الوقت أفضل الا في شدة الحر وروى مثل ذلك عن مالك وقالت طائفة أول الوقت أفضل باطلاق للنفرد والجماعة وفي الحر والبرد وانما اختلفوا في ذلك لاختلاف الأحاديث وذلك ان في ذلك حديثين ثابتين أحدهما قوله عليه الصلاة والسلام إذا اشتد الحر فأبردوا عن الصلاة فإن شدة الحر من فيح جهنم والثاني أن النبي عليه الصلاة والسلام كان يصلي الظهر بالهجرة وفي حديث خباب أنهم شكوا اليه حر الرضاء فلم يشكهم فخرجه مسلم قال زهير راوى الحديث قلت لأبي اسحق شيخه أفى الظهر قال نعم قلت أفى تحيلها قال نعم فرجع قوم حديث الأبراد اذهونص وتأولوا هذه الأحاديث اذ ليست بنص وقوم رجحوا هذه الأحاديث لعموم ما روى من قوله عليه الصلاة والسلام وقد سئل أى الاعمال أفضل قال الصلاة لأول ميقاتها والحديث متفق عليه وهذه الزيادة فيه أعنى لأول ميقاتها يختلف فيها (المسئلة الثانية) اختلفوا من صلاة العصر في موضعين أحدهما في اشتراك أول وقتها مع آخر وقت صلاة الظهر والثاني في آخر وقتها فاما اختلافهم في الاشتراك فإنه اتفق مالك والشافعي وداود وجماعة على أن أول وقت العصر هو بعينه آخر وقت الظهر وذلك اذا صار ظل كل شيء مثله الا ان مالكا يرى أن آخر وقت الظهر وأول وقت العصر هو وقت مشترك للصلايين معا أعنى بقدر ما يصلى فيه أربع ركعات وأما الشافعي وأبو ثور وداود فأخروا وقت الظهر عندهم هو الآن الذى هو أول وقت العصر وهو زمان غير منقسم وقال أبو حنيفة كما قلنا أول وقت العصر أن يصير ظل كل شيء مثليه وقد تقدم سبب اختلاف أبي حنيفة معهم في ذلك وأما سبب اختلاف مالك مع الشافعي

ومن قال بقوله في هذه فعارضه حديث جبريل في هذا المعنى لحديث عبدالله بن عمر وذلك انه جاء في امامة جبريل انه صلى بالنبي عليه الصلاة والسلام الظهر في اليوم الثاني في الوقت الذي صلى فيه العصر في اليوم الاول وفي حديث ابن عمر انه قال عليه الصلاة والسلام وقت الظهر ما لم يحضر وقت العصر خرجه مسلم فمن رجح حديث جبريل جعل الوقت مشتركا ومن رجح حديث عبدالله لم يجعل بينهما اشتراكا وحديث جبريل ممكن ان يصرف الى حديث عبدالله من حديث عبدالله الى حديث جبريل لانه يحتمل ان يكون الراوي مجوز في ذلك لقرب ما بين الوقتين وحديث امامة جبريل صحيحه الترمذي وحديث ابن عمر خرجه مسلم وأما اختلافهم في آخر وقت العصر فعن مالك في ذلك روايتان احدهما ان آخر وقتها ان يصير ظل كل شيء مثليه وبه قال الشافعي والثانية ان آخر وقتها ما لم تصفر الشمس وهذا قول أحد بن حنبل وقال أهل الظاهر آخر وقتها قبل غروب الشمس بركة والسبب في اختلافهم ان في ذلك ثلاثة أحاديث متعارضة الظاهر أحدها حديث عبدالله بن عمر خرجه مسلم وفيه فاذا صليت العصر فانه وقت الى ان تصفر الشمس وفي بعض رواياته وقت العصر ما لم تصفر الشمس والثاني حديث ابن عباس في امامة جبريل وفيه انه صلى به العصر في اليوم الثاني حين كان ظل كل شيء مثليه والثالث حديث أبي هريرة المشهور من أدرك ركعة من العصر قبل أن تغرب الشمس فقد أدرك العصر ومن أدرك ركعة من الصبح قبل أن تطلع الشمس فقد أدرك الصبح فمن صار الى ترجيح حديث امامة جبريل جعل آخر وقتها المختار المثلين (٢) ومن صار الى ترجيح حديث ابن عمر جعل آخر وقتها المختار اصفرار الشمس (٣) ومن صار الى ترجيح حديث أبي هريرة قال الوقت العصر الى أن يبقى منها ركعة قبل غروب الشمس وهم أهل الظاهر كما قلنا وأما الجمهور فسلكوا في حديث أبي هريرة وحديث ابن عمر مع حديث ابن عباس اذ كان معارضا لهما كل التعارض مسلكت الجميع لان حديثي ابن عباس وابن عمر تتقارب الحدود المذكورة فيهما ولذلك قال مالك مرة بهذا ومرة بذلك وأما الذي في حديث أبي هريرة فبعيد منهما ومتفاوت فقالوا حديث أبي هريرة انما خرج مخرج أهل الاعذار (المسئلة الثالثة) اختلفوا في المغرب هل لها وقت موسع كسائر الصلوات أم لا فذهب قوم الى ان وقتها واخذ غير موسع وهذا هو أشهر الروايات عن مالك وعن الشافعي وذهب قوم الى أن وقتها موسع وهو ما بين غروب الشمس الى غروب الشفق وبه قال أبو حنيفة وأحمد وأبو ثور ودادود وقد روى هذا القول عن مالك والشافعي وسبب اختلافهم في ذلك معارضة حديث امامة جبريل في ذلك لحديث عبدالله بن عمر وذلك ان في حديث امامة جبريل انه صلى المغرب في اليومين في وقت واحد وفي حديث عبدالله وقت صلاة المغرب ما لم يغيب الشفق فمن رجح حديث امامة جبريل جعل لها وقتا واحدا ومن رجح حديث عبدالله جعل لها وقتا موسعا وحديث عبدالله خرجه مسلم ولم يخرج الشيخان حديث امامة جبريل أعني حديث ابن عباس الذي فيه انه صلى بالنبي عليه الصلاة والسلام عشر صلوات مقسرة الاوقات ثم قال له الوقت ما بين هذين والذي في حديث عبدالله من ذلك هو موجود أيضا في حديث بريدة الاسلمي خرجه مسلم وهو أصل في هذا الباب قالوا حديث بريدة أولى لانه كان بالمدينة عند سؤال السائل له عن أوقات الصلوات وحديث جبريل كان في أول الفرض بمكة (المسئلة الرابعة) اختلفوا من وقت العشاء الآخرة في موضعين أحدهما في أوله والثاني في آخره أما أوله فذهب مالك والشافعي

وجامعة الى انه مغيب الحجرة وذهب أبو حنيفة الى انه مغيب البياض الذي يكون بعد الحجرة وسبب اختلافهم في هذه المسئلة اشتراك اسم الشفق في لسان العرب فانه كما أن الفجر في لسانهم فجران كذلك الشفق شفقان أحمر وأبيض ومغيب الشفق الأبيض يلزم أن يكون بعده من أول الليل (١) اما بعد الفجر المستدق من آخر الليل أعنى الفجر الكاذب واما بعد الفجر الأبيض المستطير وتكون الحجرة نظير الحجرة فالطوالع اذا أُرِبت الفجر الكاذب والفجر الصادق والاحمر والشمس وكذلك يجب أن تكون الغوارب ولذلك ما ذكر عن الخليل من انه رصد الشفق الأبيض فوجده يبقى الى ثلث الليل كذب بالقياس والتجربة (٢) وذلك انه لا خلاف بينهم انه قد ثبت في حديث بريدة وحديث امامة جبريل انه صلى العشاء في اليوم الأول حين غاب الشفق وقد رجح الجمهور منهم بما ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يصلي العشاء عند مغيب القمر في الليلة الثالثة ورجح أبو حنيفة مذهبه بما ورد في تأخير العشاء واستحباب تأخير وقوله لولان أشق على أمتي لأخرت هذه الصلاة الى نصف الليل وأما آخر وقتها فاختلّفوا فيه على ثلاثة أقوال قول انه ثلث الليل وقول انه نصف الليل وقول انه الى طلوع الفجر وبالأول أعنى ثلث الليل قال الشافعي وأبو حنيفة وهو المشهور من مذهب مالك وروى عن مالك القول الثاني أعنى نصف الليل وأما الثالث فقوله داود وسبب الخلاف في ذلك تعارض الآثار في حديث امامة جبريل انه صلاها بالنبي عليه الصلاة والسلام في اليوم الثاني ثلث الليل وفي حديث أنس انه قال آخر النبي صلى الله عليه وسلم صلاة العشاء الى نصف الليل خرج به البخاري وروى أيضا من حديث أبي سعيد الخدري وأبي هريرة عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال لولان أشق على أمتي لأخرت العشاء الى نصف الليل وفي حديث أبي قتادة ليس التفريط في النوم انما التفريط أن تؤخر الصلاة حتى يدخل وقت الاخرى فمن ذهب مذهب الترجيح لحديث امامة جبريل قال ثلث الليل ومن ذهب مذهب الترجيح لحديث أنس قال شطر الليل وأما أهل الظاهر فاعتقدوا حديث أبي قتادة وقالوا هو عام وهو متأخر عن حديث امامة جبريل فهو ناسخ ولولم يكن ناسخا لكان تعارض الآثار يسقط حكمها فيجب أن يصار الى استصحاب حال الاجماع وقد اتفقوا على أن الوقت يخرج بعد طلوع الفجر واختلفوا فيما قبل فانارونا عن ابن عباس ان الوقت عنده الى طلوع الفجر فوجب أن يستصحب حكم الوقت الاحيى وقع الاتفاق على خروجه وأحسب ان به قال أبو حنيفة (المسئلة الخامسة) واتفقوا على أن أول وقت الصبح طلوع الفجر الصادق وآخره طلوع الشمس الاماروى عن ابن القاسم وعن بعض أصحاب الشافعي من ان آخر وقتها الاسفار واختلفوا في وقتها المختار فذهب الكوفيون وأبو حنيفة وأصحابه والثوري وأكثر العراقيين الى ان الاسفار بها أفضل وذهب مالك والشافعي وأصحابه وأحمد ابن حنبل وأبو ثور وداود الى ان التغليس بها أفضل وسبب اختلافهم اختلافهم في طريقة جمع الأحاديث المختلفة الظواهر في ذلك وذلك انه ورد عنه عليه الصلاة والسلام من طريق رافع بن خديج انه قال أسفروا بالصبح فكلما أسفرتم فهو أعظم للاجر وروى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال وقد سئل أى الاعمال أفضل قال الصلاة لأول ميقاتها وثبت عنه عليه الصلاة والسلام انه كان يصلي الصبح فتنبصر النساء متلفعات بمروطهن ما يعرفن من الغلس وظاهر الحديث انه كان عمله في الغلب فمن قاله

(١) ما بين علامتي (٢) هذه زيادة بالنسخة المصرية غير موجودة بالنسخة الفاسية فأثبتناها كما هي اه

ان حديث رافع خاص وقوله الصلاة لأول سيقاتها عام والمشهور ان الخاص يقضى على العام اذ هو استثنى من هذا العموم صلاة الصبح وجعل حديث عائشة محمولا على الجواز وانه انما تضمن في الاخبار بوقوع ذلك منه لا بانه كان ذلك غالباً حواله صلى الله عليه وسلم قال الاسفار أفضل من التغليس ومن رجح حديث العموم لموافقة حديث عائشة ولانه نص في ذلك وأظهر وحديث رافع بن خديج محتمل لانه يمكن أن يريد بذلك تعيين الفجر وتحققه فلا يكون بينه وبين حديث عائشة ولا العموم الوارد في ذلك تعارض قال أفضل الوقت أوله وأما من ذهب الى ان آخر وقتها الاسفار فانه تأول الحديث في ذلك أنه لأهل الضرورات أعنى قوله عليه الصلاة والسلام من أدرك ركعة من الصبح قبل أن تطلع الشمس فقد أدرك الصبح وهذا شبيه بما فعله الجمهور في العصر والعجب انهم علوا عن ذلك في هذا ووافقوا أهل الظاهر ولذلك لأهل الظاهر أن يطالبوهم بالفرق بين ذلك

❦ القسم الثاني من الفصل الأول من الباب الأول ❦

فأما أوقات الضرورة والعذر فثبتها كما قلنا فقهاء الامصار ونفاها أهل الظاهر وقد تقدم سبب اختلافهم في ذلك واختلف هؤلاء الذين أثبتوها في ثلاثة مواضع أحدها في الصلوات توجد هذه الاوقات ولا يهاى والثاني في حدود هذه الاوقات الثالث في من هم أهل العذر الذين رخص لهم في هذه الاوقات وفي أحكامهم في ذلك أعنى من وجوب الصلاة ومن سقوطها (المسئلة الاولى) اتفق مالك والشافعي على أن هذا الوقت هو لأربع صلوات للظهر والعصر مشتركا بينهما والمغرب والعشاء كذلك وانما اختلفوا في جهة اشتراكهما على ماسياى بعد وخالفهم أبو حنيفة فقال ان هذا الوقت انما هو للعصر فقط وانه ليس ههنا وقت مشترك ❦ وسبب اختلافهم في ذلك هو اختلافهم في جواز الجمع بين الصلاتين في السفر في وقت احدهما على ماسياى بعد فمن تمسك بالنص الوارد في صلاة العصر أعنى الثابت من قوله عليه الصلاة والسلام من أدرك ركعة من صلاة العصر قبل مغيب الشمس فقد أدرك العصر وفهم من هذا الرخصة ولم يجز الاشتراك في الجمع لقوله عليه الصلاة والسلام لا يفوت وقت صلاة حتى يدخل وقت الأخرى ولماسند كره بعد في باب الجمع من جميع الفريقين قال انه لا يكون هذا الوقت الا صلاة العصر فقط ومن أجاز الاشتراك في الجمع في السفر قاس عليه أهل الضرورات لأن المسافر أيضا صاحب ضرورة وعذر فجعل هذا الوقت مشتركا للظهر والعصر والمغرب والعشاء (المسئلة الثانية) اختلف مالك والشافعي في آخر الوقت المشترك لهما فقال مالك هو للظهر والعصر من بعد الزوال بمقدار أربع ركعات للظهر للحاضر وركعتان للمسافر الى أن يبقى للنهار مقدار أربع ركعات للحاضر أو وركعتان للمسافر فجعل الوقت الخاص للظهر انما هو اما مقدار أربع ركعات للحاضر بعد الزوال واما ركعتان للمسافر وجعل الوقت الخاص بالعصر اما أربع ركعات قبل المغيب للحاضر واما اثنتان للمسافر أعنى انه من أدرك الوقت الخاص فقط لم تنزله الا الصلاة الخاصة بذلك الوقت ان كان من لم تنزله الصلاة قبل ذلك الوقت ومن أدرك أكثر من ذلك أدرك الصلاتين معا وأحكم ذلك الوقت وجعل آخر الوقت الخاص لصلاة العصر مقدار ركعة قبل الغروب وكذلك فعل في اشتراك المغرب والعشاء الآن الوقت الخاص مرة جعله للمغرب فقال هو مقدار ثلاث ركعات قبل أن يطلع الفجر ومرة جعله للصلاة الأخيرة كما فعل في العصر فقال هو مقدار أربع

ركعات وهو القياس وجعل آخر هذا الوقت مقدار ركعة قبل طلوع الفجر وأما الشافعي فجعل حدود
 أواخر هذه الاوقات المشتركة حداً واحداً وهو ادراك ركعة قبل غروب الشمس وذلك للظهر والعصر معا
 ومقدار ركعة أيضاً قبل انصداع الفجر وذلك للغرب والعشاء معا وقد قيل عنه بمقدار تكبيرة أعني انه
 من أدرك تكبيرة قبل غروب الشمس فقلزمته صلاة الظهر والعصر معا وأما أبو حنيفة فوافق مالكاً
 في أن آخر وقت العصر مقدار ركعة لأهل الضرورات عنده قبل الغروب ولم يوافق في الاشتراك
 والاختصاص * وسبب اختلافهم أعني مالك والشافعي هل القول باشتراك الوقت للصلاين معا
 يقتضي ان لهما وقتين وقت خاص بهما ووقت مشترك أم انما يقتضي أن لهما وقتاً مشتركاً فقط وبجدة
 الشافعي أن الجمع انما يدل على الاشتراك فقط لا على وقت خاص وأما مالك فقياس الاشتراك عنده في وقت
 الضرورة على الاشتراك عنده في وقت التوسعة أعني انه لما كان لوقت الظهر والعصر الموسع وقتان
 وقت مشترك ووقت خاص وجب أن يكون الامر كذلك في أوقات الضرورة والشافعي لا يوافق على
 اشتراك الظهر والعصر في وقت التوسعة بخلافهما في هذه المسئلة انما ينبغي والله أعلم على اختلافهم في تلك
 الاولى فتأمل فانه بين والله أعلم (المسئلة الثالثة) وأما هذه الاوقات أعني أوقات الضرورة فاتفقوا على
 انها الأربع للحائض تطهر في هذه الاوقات أو تحيض في هذه الاوقات وهي لم تصل والمسافر يذكر الصلاة
 في هذه الاوقات وهو حاضر أو الحاضر يذكرها فيها وهو مسافر والصبي يبلغ فيها أو الكافر يسلم واختلفوا
 في المعنى عليه فقال مالك والشافعي هو كالحائض من أهل هذه الاوقات لأنه لا يقضى عندهم الصلاة التي
 ذهب وقتها وعند أبي حنيفة أنه يقضى الصلاة فيما دون الخمس فإذا أفاق عنده من نعمائه متى ما أفاق قضى
 الصلاة وعند الآخر انه اذا أفاق في أوقات الضرورة لزمته الصلاة التي أفاق في وقتها واذالم يفتي فيها لم تزمه
 الصلاة وستأ في مسئلة الغمى عليه فيما بعد واتفقوا على أن المرأة اذا ظهرت في هذه الاوقات انما تجب
 عليها الصلاة التي طهرت في وقتها فان طهرت عندهم ذلك وقد بقي من النهار أربع ركعات لغروب الشمس
 الى ركعة فالعصر فقط لازمة لها وان بقي خمس ركعات فالصلاين معا وعند الشافعي ان بقي ركعة للغروب
 فالصلاين معا كما قلنا أو تكبيرة على القول الثاني له وكذلك الأمر عند مالك في المسافر انما يسبح بحضر
 في هذه الاوقات أو الحاضر يسافر وكذلك الكافر يسلم في هذه الاوقات أعني انه تزمهم الصلاة وكذلك
 الصبي يبلغ والسبب في ان جعل مالك الركعة جزءاً لآخر الوقت وجعل الشافعي جزء الركعة حداً مثل
 التكبيرة منها ان قوله عليه الصلاة والسلام من أدرك ركعة من العصر قبل أن تغرب الشمس فقد أدرك
 العصر هو عند مالك من باب التنبيه بالاقبال على الأكثر وعند الشافعي من باب التنبيه بالأقل على الأقل
 وأيد هذا بما روي من أدرك سجدة من العصر قبل أن تغرب الشمس فقد أدرك العصر فانه فهم من
 السجدة ههنا جزءاً من الركعة وذلك على قوله الذي قال فيه من أدرك منهم تكبيرة قبل الغروب والطلوع
 فقد أدرك الوقت ومالك يرى أن الحائض انما تعتد بهذا الوقت بعد الفراغ من طهرها وكذلك الصبي يبلغ
 وأما الكافر يسلم فيعتدله بوقت الاسلام دون الفراغ من الطهر وفيه خلاف والمغني عليه عند مالك
 كالحائض وعند عبد الملك كالكافر يسلم ومالك يرى أن الحائض اذا حاضت في هذه الاوقات وهي لم تصل
 بعد أن القضاء ساقط عنها والشافعي يرى أن القضاء واجب عليها وهو لازم لمن يرى أن الصلاة محبب بدخول

أول الوقت لأنها اذا حاضرت وقدمضي من الوقت ما يمكن أن تقع فيه الصلاة فقلوبت عليها الصلاة
الآن يقال ان الصلاة انما تجب بأحوال الوقت وهو مذهب أبي حنيفة لا مذهب مالك فهذا كما ترى لازم
لقول أبي حنيفة أعني جاريا على أصوله لا على أصول قول مالك

﴿ الفصل الثاني من الباب الأول في الأوقات المنهي عن الصلاة فيها ﴾

وهذه الأوقات اختلف العلماء منها في موضعين أحدهما في عدها والثاني في الصلوات التي يتعلق النهي
عن فعلها فيها (المسئلة الأولى) اتفق العلماء على أن ثلاثة من الأوقات منهي عن الصلاة فيها وهي وقت طلوع
الشمس ووقت غروبها ومن لدن تصلي صلاة الصبح حتى تطلع الشمس واختلفوا في وقتين في وقت الزوال
وفي الصلاة بعد العصر فذهب مالك وأصحابه إلى أن الأوقات المنهي عنها هي أربعة الطلوع والغروب و بعد
الصبح و بعد العصر وأجاز الصلاة عند الزوال وذهب الشافعي إلى أن هذه الأوقات الخمسة كلها منهي
عنها الا وقت الزوال يوم الجمعة فإنه أجاز فيه الصلاة واستثنى قوم من ذلك الصلاة بعد العصر * وسبب
الخلافا في ذلك أحد شيئين امام معارضة أثر لأثر واما معارضة الأثر للعمل عند من راعى العمل أعني عمل
أهل المدينة وهو مالك بن أنس فحيث ورد النهي ولم يكن هناك معارض لامن قول ولا من عمل اتفقوا
عليه وحيث ورد المعارض اختلفوا أما اختلافهم في وقت الزوال فللمعارضة العمل فيه للأثر وذلك انه ثبت
من حديث عقبة بن عامر الجهني أنه قال ثلاث ساعات كان رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهانا أن نصلي فيها
وان نقبر فيها موتانا حين تطلع الشمس بازغة حتى ترتفع وحين يقوم قائم الظهيرة حتى تميل وحين
تضيق الشمس للغروب خرج به مسلم وحديث أبي عبد الله الصنابحي في معناه ولكنه منقطع أخرجه مالك
في موطنه فمن الناس من ذهب إلى منع الصلاة في هذه الاوقات الثلاثة كلها ومن الناس من استثنى من
ذلك وقت الزوال اما باطلاق وهو مالك واما في يوم الجمعة فقط وهو الشافعي أما مالك فلان العمل عنده
بلمدينة لما وجدته على الوقتين فقط ولم يحده على الوقت الثالث أعني الزوال أباح الصلاة فيه واعتقدا أن
ذلك النهي منسوخ بالعمل وأما من لم ير العمل تأثيرا فبقي على أصله في المنع وقد تكلمنا في العمل وقوته
في كتابنا في الكلام الفقهي وهو الذي يدعى باصول الفقه وأما الشافعي فلم يصح عنده ما روى ابن شهاب
عن ثعلبة بن أبي مالك القرظي أنهم كانوا في زمن عمر بن الخطاب يصلون يوم الجمعة حتى يخرج عمر ومعلوم
أن خروج عمر كان بعد الزوال على ما صح ذلك من حديث الطنفسة التي كانت تطرح إلى جدار المسجد
القرظي فإذا غشي الطنفسة كلها ظل الجدار خرج عمر بن الخطاب مع مارواه أيضا عن أبي هريرة
أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الصلاة نصف النهار حتى تزول الشمس الا يوم الجمعة استثنى من
ذلك النهي يوم الجمعة وقوى هذا الأثر عنده العمل في أيام عمر بذلك وإن كان الأثر عنده ضعيفا
وأما من رجح الأثر الثابت في ذلك فبقي على أصله في النهي وأما اختلافهم في الصلاة بعد صلاة العصر
فسببه تعارض الآثار الثابتة في ذلك وذلك ان في ذلك حديثين متعارضين أحدهما حديث أبي هريرة
للتفق على محتمه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الصلاة بعد العصر حتى تغرب الشمس وعن
الصلاة بعد الصبح حتى تطلع الشمس والثاني حديث عائشة قالت مات رسول الله صلى الله عليه وسلم
صلواتين في بيتي قط سرا ولا علانية ركعتين قبل الفجر وركعتين بعد العصر فمن رجح حديث أبي هريرة

قال بالمتع ومن رجح حديث عائشة أو رأه ناسخا لانه العمل الذي مات عليه صلى الله عليه وسلم قال بالجواز وحديث أم سلمة يعارض حديث عائشة وفيه انه ارأى رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي ركعتين بعد العصر فسألته عن ذلك فقال انه أتاني ناس من عبد القيس فبغوا في عن الركعتين اللتين بعد الظهر وهما هاتان (المسئلة الثانية) اختلف العلماء في الصلاة التي لا تجوز في هذه الاوقات فذهب أبو حنيفة وأصحابه الى انها لا تجوز في هذه الاوقات صلاة باطلاق لا فريضة مقضية ولا سنة ولا نافلة الا عصر يومه قالوا فانه يجوز أن يقضيه عند غروب الشمس اذ انسيه وانفق مالك والشافعي أنه يقضى الصلوات المفروضة في هذه الاوقات وذهب الشافعي الى ان الصلوات التي لا تجوز في هذه الاوقات هي النوافل فقط التي تفعل لغير سبب وأن السنن مثل صلاة الجنائز تجوز في هذه الاوقات ووافقه مالك في ذلك بعد العصر وبعد الصبح أعني في السنن وخالفه في التي تفعل لسبب مثل ركعتي المسجد فإن الشافعي يجيز هاتين الركعتين بعد العصر وبعد الصبح ولا يجيز ذلك مالك واختلف قول مالك في جواز السنن عند الطلوع والغروب وقال الثوري في الصلوات التي لا تجوز في هذه الاوقات هي ماعدا الفرض ولم يفرق سنة من نفل فيتحصل في ذلك ثلاثة أقوال قول هي الصلوات باطلاق وقول انها ماعدا المفروض سواء كانت سنة أو نفلا وقول انها النفل دون السنن وعلى الرواية التي منع مالك فيها صلاة الجنائز عند الغروب قول رابع وهو انها النفل فقط بعد الصبح والعصر والنفل والسنن معا عند الطلوع والغروب * وسبب الخلاف في ذلك اختلافهم في الجمع بين العمومات المتعارضة في ذلك أعني الواردة في السنة وأي يخص بأى وذلك ان عموم قوله عليه الصلاة والسلام اذ انسى أحدكم الصلاة فليصلها اذا ذكرها يقتضي استعراق جميع الاوقات وقوله في أحاديث النهي في هذه الاوقات نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الصلاة فيها يقتضى أيضا عموم أجناس الصلوات أعني المفروضات والسنن والنوافل فتنى جلنا الحديثين على العموم في ذلك وقع بينهما تعارض هو من جنس التعارض الذي يقع بين العام والخاص اما في الزمان واما في اسم الصلاة فن ذهب الى الاستثناء في الزمان أعني استثناء الخاص من العام منع الصلوات باطلاق في تلك الساعات ومن ذهب الى استثناء الصلاة المفروضة المنصوص عليها بالقضاء من عموم اسم الصلاة المنهى عنها منع ماعدا الفرض في تلك الاوقات وقمر جرح مالك مذهبه من استثناء الصلوات المفروضة من عموم اسم الصلاة بما ورد من قوله عليه الصلاة والسلام من أدرك ركعة من العصر قبل أن تغرب الشمس فقد أدرك العصر وللك استثنى الكوفيون عصر اليوم من الصلوات المفروضة لكن قد كان يجب عليهم أن يستثنوا من ذلك صلاة الصبح أيضا للنص الوارد فيها ولا يردوا ذلك برأيهم من أن المترك لركعة قبل الطلوع يخرج للوقت المحظور والمترك لركعة قبل الغروب يخرج للوقت المباح وأما الكوفيون فلهم أن يقولوا ان هذا الحديث ليس يدل على استثناء الصلوات المفروضة من عموم اسم الصلاة التي تعلق النهي بها في تلك الاوقات لأن عصر اليوم ليس في معنى سائر الصلوات المفروضة وكذلك كان لهم أن يقولوا في الصبح لو سلموا أنه يقضى في الوقت المنهى عنه فاذا اختلف بينهم آيل الى أن المستثنى الذي ورد به اللفظ هل هو من باب الخاص أو يريده الخاص أو من باب الخاص أو يريده العام وذلك أن من رأى أن المفهوم من ذلك هي صلاة العصر والصبح فقط المنصوص عليهما فهو عنده من باب الخاص أو يريده الخاص ومن رأى

أن المفهوم من ذلك ليس هو صلاة العصر فقط ولا الصبح بل جميع الصلوات المفروضة فهو عنده من باب
الخاص أريد به العام وإذا كان ذلك كذلك فليس ههنا دليل قاطع على أن الصلوات المفروضة هي
الاستثناء من اسم الصلاة القائنة كما أنه ليس ههنا دليل أصلاً لاقاطع ولا غير قاطع على استثناء الزمان
الخاص الوارد في أحاديث النهي من الزمان العام الوارد في أحاديث الأمر دون استثناء الصلاة الخاصة
المنطوق بها في أحاديث الأمر من الصلاة العامة المنطوق بها في أحاديث النهي وهذان بين فانه إذا تعارض
حديثان في كل واحد منهما عام وخاص لم يجب أن يصار إلى تغليب أحدهما إلا بدليل أعمى استثناء خاص.
هنا من عام ذاك أو خاص ذاك من عام هذا وذلك بين والله أعلم

﴿ الباب الثاني في معرفة الأذان والاقامة ﴾

هذا الباب ينقسم أيضاً إلى فصلين الأول في الأذان والثاني في الاقامة

﴿ الفصل الأول ﴾

هذا الفصل ينحصر فيه الكلام في خمسة أقسام الأول في صفته الثاني في حكمه الثالث في وقته
الرابع في شروطه الخامس فيما يقوله السامع له

﴿ القسم الأول من الفصل الأول من الباب الثاني في صفة الأذان ﴾

اختلف العلماء في الأذان على أربع صفات مشهورة أحدها ثنية التكبير فيه وتربيع الشهادتين
وباقية مثني وهو مذهب أهل المدينة مالك وغيره واختار المتأخرون من أصحاب مالك الترجيع وهو أن
يقنى الشهادتين أولاً خفياً ثم بثنيهما مرة ثانية مرفوع الصوت والصفة الثانية أذان المكين
وبه قال الشافعي وهو تربيع التكبير الأول والشهادتين وثنية باقى الأذان والصفة الثالثة أذان
الكوفيين وهو تربيع التكبير الأول وثنية باقى الأذان وبه قال أبو حنيفة والصفة الرابعة أذان
البصريين وهو تربيع التكبير الأول وثلاث الشهادتين وحى على الصلاة وحى على الفلاح يبدأ بأشهد
أن لا إله إلا الله حتى يصلح على الفلاح ثم يعيد كذلك مرة ثانية أعنى الأربع كلمات سبعة ثم يعيدهن
ثالثة وبه قال الحسن البصري وابن سيرين * والسبب في اختلاف كل واحد من هؤلاء الأربع فرق
اختلاف الآثار في ذلك واختلاف اتصال العمل عند كل واحد منهم وذلك أن المدنيين يحتجون منهم
بالعمل المتصل بذلك في المدينة والمكيون كذلك أيضاً يحتجون بالعمل المتصل عندهم بذلك وكذلك
الكوفيون والبصريون ولكل واحد منهم آثار تشهد لقوله أما ثنية التكبير في أوله على مذهب أهل
الحجاز فروى من طرق صحاح عن أبي حنيفة وعبد الله بن زيد الأنصاري وتربيعه أيضاً مروى عن أبي
حنيفة من طرق أخرى وعن عبد الله بن زيد قال الشافعي وهي زيادات يجب قبولها مع اتصال العمل
بذلك بمكة وأما الترجيع الذى اختاره المتأخرون من أصحاب مالك فروى من طريق أى قدامة
قال أبو جعفر وأبو قدامة عندهم ضعيف وأما الكوفيون فبحديث أى ليلي وفيه أن عبد الله بن زيد
وأى في المنام رجلاً قام على خرم حائط وعليه بردان أخضران فأذن مثني وأقام مثني وأنه أخبر بذلك
رسول الله صلى الله عليه وسلم فقام بلال فأذن مثني وأقام مثني وأذى خرجه البخارى في هذا الباب إنما هو
من حديث أنس فقط وهو أن بلالاً أمر أن يشفع الأذان ويوتر الاقامة الا قد قامت الصلاة فإنه يثنيها

وخرج مسلم عن أبي حمزة على صفة أذان الحجازيين ولكن هذا التعارض الذي ورد في الأذان رأى أحد بن حنبل واداد ان هذه الصفات المختلفة انماوردت على التحجير لاعلى ايجاب واحدة منها وأن الانسان يحرف فيها واختلفوا في قول المؤذن في صلاة الصبح الصلاة خير من النوم هل يقال فيها أم لا فذهب الجمهور الى أنه يقال ذلك فيها وقال آخرون انه لا يقال لان ليس من الأذان المسنون وبه قال الشافعي وسبب اختلافهم اختلافاهم هل قيل ذلك في زمان النبي صلى الله عليه وسلم أو انما قيل في زمان عمر

﴿ القسم الثاني من الفصل الاول من الباب الثاني ﴾

اختلف العلماء في حكم الاذان هل هو واجب أو سنة مؤكدة وإن كان واجبا فهل هو من فروض الأعيان أو من فروض الكفاية ف قيل عن مالك أن الاذان هو فرض على مساجد الجاعات وقيل سنة مؤكدة ولم يره على المنفرد لا فرضا ولا سنة وقال بعض أهل الظاهر هو واجب على الأعيان وقال بعضهم على الجماعة كانت في سفر أو في حضر وقال بعضهم في السفر واتفق الشافعي وأبو حنيفة على أنه سنة للمنفرد والجماعة إلا أنه أكد في حق الجماعة قال أبو عمر واتفق الكل على أنه سنة مؤكدة أو فرض على المصري لما ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان إذا سمع النداء لم يغير وإذ لم يسمعه أغار * والسبب في اختلافهم معارضة المفهوم من ذلك لظواهر الآثار وذلك أنه ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال للمالك بن الحويرث ولصاحبه إذا كنتما في سفر فأذنوا قويا وليؤمكما أكبركما وكذلك ما روى من اتصال عمله به صلى الله عليه وسلم في الجماعة فمن فهم من هذا الوجوب مطلقا قال أنه فرض على الأعيان أو على الجماعة وهو الذي حكاه ابن المغلس عن داود ومن فهم منه السواء إلى الاجتماع للصلاة قال أنه سنة المساجد أو فرض في المواضع التي يجتمع فيها الجماعة فسيب الخلاف هو تزده بين أن يكون قولنا من أقاويل الصلاة المختصة بها أو يكون المقصود به هو الاجتماع

القسم الثالث من الفصل الأول

وأما وقت الأذان فاتفق الجميع على أنه لا يؤذن للصلاة قبل وقتها ماعدا الصبح فانهم اختلفوا فيها فذهب مالك والشافعي الى أنه يجوز أن يؤذن لها قبل الفجر ومنع ذلك أبو حنيفة وقال قوم لا بد للصبح اذا أذن لها قبل الفجر من أذان بعد الفجر لأن الواجب عندهم هو الأذان بعد الفجر وقال أبو محمد بن حزم لا بد لها من أذان بعد الوقت وان أذن قبل الوقت جاز اذا كان بينهما زمان يسير قدر ما يسهط الأول ويصعد الثاني والسبب في اختلافهم انه ورد في ذلك حديثان متعارضان أحدهما الحديث المشهور الثابت وهو قوله عليه الصلاة والسلام ان بلالا ينادي لبيل فكلوا واشربوا حتى ينادي ابن أم مكتوم وكان ابن أم مكتوم رجلا أعمى لا ينادي حتى يقال له أصبحت أصبحت والثاني ما روى عن ابن عمر ان بلالا أذن قبل طلوع الفجر فأمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يرجع فينادي ألا ان العبد قد نام وحديث البخاريين أثبت وحديث الكوفيين أيضا خرجاه أبو داود وصححه كثير من أهل العلم فذهب الناس في هذين الحديثين امام مذهب الجمع وامام مذهب الترجيح فأما من ذهب مذهب الترجيح فالخجازيون فانهم قالوا حديث بلال أثبت والمصير اليه أوجب وأما من ذهب مذهب الجمع فالكوفيون وذلك انهم قالوا يحتمل أن يكون نداء بلال في وقت يشك فيه في طلوع الفجر لانه كان في بصره ضعف ويكون نداء ابن أم مكتوم

في وقت يتيقن فيه طلوع الفجر ويدل على ذلك ملوؤى عن عائشة أنها قالت لم يكن بين أذانها بالاقبر ما يهبط هذا ويصعد هذا وأما من قال انه يجمع بينهما أعني أن يؤذن قبل الفجر وبعده فعلى ظاهر ما روى من ذلك في صلاة الصبح خاصة أعني انه كان يؤذن لها في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم مؤذنان بلال وابن أم مكتوم

القسم الرابع من الفصل الأول في الشروط

وفي هذا القسم مسائل ثمانية أحداها هل من شرط من أذن أن يكون هو الذي يقيم أم لا والثانية هل من شرط الاذان أن لا يتكلم في أثناءه أم لا والثالثة هل من شرطه أن يكون على طهارة أم لا والرابعة هل من شرطه أن يكون متوجها إلى القبلة أم لا والخامسة هل من شرطه أن يكون قائما أم لا والسادسة هل يكره أذان الركباء ليس يكره والسابعة هل من شرطه البلوغ أم لا والثامنة هل من شرطه أن لا يأخذ على الاذان أجرا أم يجوز له أن يأخذه فأما اختلافهم في الرجلين يؤذن أحدهما ويقيم الآخر فأكثر فقهاء الامصار على اجازة ذلك وذهب بعضهم إلى أن ذلك لا يجوز والسبب في ذلك أنه ورد في هذا حديثان متعارضان أحدهما حديث الصدائى قال أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما كان أو ان الصبح أمرني فأذنت ثم قام إلى الصلاة فجاء بلال ليقم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان أخاصاء أذن ومن أذن فهو يقيم والحديث الثانى ما روى ان عبد الله بن زيد حين أرى الأذان أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بلال فأذن ثم أمر عبد الله فأقام فن ذهب مذهب للنسخ قال حديث عبد الله بن زيد متقدم وحديث الصدائى متأخر ومن ذهب مذهب الترجيع قال حديث عبد الله بن زيد أثبت لان حديث الصدائى انفرد به عبد الرحمن بن زياد الافريقى وليس بحجة عندهم وأما اختلافهم في الاجرة على الاذان فلما كان اختلافهم في تصحيح الخبر الوارد في ذلك أعني حديث عثمان بن أبى العاص انه قال ان من آخر ما عهد إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان أخذ مؤذنا لا يأخذ على أذانه أجرا ومن منعه قاس الاذان في ذلك على الصلاة وأما سائر الشروط الأخر فسبب الخلاف فيها هو قياسها على الصلاة فن قاسها على الصلاة أوجب تلك الشروط الموجودة في الصلاة ومن لم يقسها لم يوجب ذلك قال أبو عمر بن عبد البر قدرونا عن أبى وائل بن حجر قال حق وسنة مسنونة ألا يؤذن الا وهو قائم ولا يؤذن الا على طهر قال أبو وائل هو من الصحابة وقوله سنة يدخل في المسند وهو أولى من القياس (قال القاضي) وقد خرج الترمذى عن أبى هريرة انه عليه الصلاة والسلام قال لا يؤذن الا متوضئ

القسم الخامس

اختلف العلماء فيما يقوله السامع للمؤذن فذهب قوم إلى انه يقول ما يقول المؤذن كلمة بكلمة إلى آخر النداء وذهب آخرون إلى أنه يقول مثل ما يقول المؤذن الا اذا قال على الصلاة سحى على الفلاح فانه يقول لا حول ولا قوة الا بالله والسبب في الاختلاف في ذلك تعارض الآثار وذلك انه قد روى من حديث أبى سعيد الخدرى أنه عليه الصلاة والسلام قال اذا سمعتم المؤذن فقولوا مثل ما يقول وجاء من طريق عمر بن الخطاب وحديث معاوية أن السامع يقول عند سحى على الصلاة سحى على الفلاح لا حول ولا قوة الا بالله فن ذهب مذهب الترجيع أخذ بمعوم حديث أبى سعيد الخدرى ومن نبى العام في ذلك على الخاص جمع بين الحديثين وهو مذهب مالك بن أنس

﴿ الفصل الثاني من الباب الثاني من الجلة الثانية في الاقامة ﴾

اختلفوا في الاقامة في موضعين في حكمها وفي صفتها أما حكمها فانها عند فقهاء الامصار في حق الأعيان والجماعات سنة مؤكدة أكثر من الأذان وهي عند أهل الظاهر فرض ولا أدري هل هي فرض عندهم على الإطلاق أو فرض من فروض الصلاة والفرق بينهما ان على القول الأول لا تبطل الصلاة بتركها وعلى الثاني تبطل وقال ابن كثر انه من أصحاب مالك من تركها عمداً بطلت صلاته وسبب هذا الاختلاف اختلافهم هل هي من الافعال التي وردت بياناً لمجمل الامر بالصلاة فيحمل على الوجوب لقوله عليه الصلاة والسلام صلوأ كما رأيتموني أصلي أم هي من الافعال التي تحمل على الندب وظاهر حديث مالك بن الحويرث يوجب كونها فرضاً ما في الجماعة واما على المنفرد وأما صفة الاقامة فانها عند مالك والشافعي أما التكبير الذي في أولها فمثنى وأما ما بعد ذلك فمرة واحدة الا قوله قد قامت الصلاة فانها عند مالك مرة واحدة وعند الشافعي مرتين وأما الحنفية فان الاقامة عندهم مثنى مثنى وخيراً جدين حنبلي بين الافراد والتثنية على رأيه في التخيير في النداء وسبب الاختلاف تعارض حديث أنس في هذا المعنى وحديث أبي ليلى المتقدم وذلك أن في حديث أنس الثابت أمر بلال أن يشفع الاذان ويفرد الاقامة الا قد قامت الصلاة وفي حديث أبي ليلى أنه عليه الصلاة والسلام أمر بلالاً فأذن مثنى وأقام مثنى والجمهور أنه ليس على النساء أذان ولا اقامة وقال مالك ان آمن بحسن وقال الشافعي ان أذن وأقن بحسن وقال اسحق ان عليهن الأذان والاقامة وروى عن عائشة أنها كانت تؤذن وتقيم فيما ذكره ابن المنذر واختلف آيل الى هل تؤم المرأة ولا تؤم وقيل الاصل انها في معنى الرجل في كل عبادة الا أن يقوم الدليل على تخصيصها أم في بعضها هي كذلك وفي بعضها يطلب الدليل

﴿ الباب الثالث من الجلة الثانية في القبلة ﴾

اتفق المسلمون على أن التوجه نحو البيت شرط من شروط صحة الصلاة لقوله تعالى (ومن حيث خرجت فول وجهك شطر المسجد الحرام) أما اذا أبصر البيت فالفرض عندهم هو التوجه الى عين البيت ولا خلاف في ذلك وأما اذا غابت الكعبة عن الابصار فاختلّفوا من ذلك في موضعين أحدهما هل الفرض هو العين أو الجهة والثاني هل فرضه الاصابة أو الاجتهاد أعني اصابة الجهة والعين عندهم أن واجب العين فذهب قوم الى ان الفرض هو العين وذهب آخرون الى انه الجهة والسبب في اختلافهم هل في قوله تعالى (فول وجهك شطر المسجد الحرام) محذوف حتى يكون تقديره ومن حيث خرجت فول وجهك جهة شطر المسجد الحرام أم ليس ههنا محذوف أصلاً وان الكلام على حقيقته فمن قبر هنالك محذوفاً قال الفرض الجهة ومن لم يقدر هنالك محذوفاً قال الفرض العين والواجب حل الكلام على الحقيقة حتى يدل الدليل على حله على المجاز وقد يقال ان الدليل على تقدير هذا المحذوف قوله عليه الصلاة والسلام ما بين المشرق والمغرب قبلة اذا توجه نحو البيت قالوا واتفاق المسامعين على الصف الطويل خارج الكعبة يدل على ان الفرض ليس هو العين أعني اذا لم تكن الكعبة مبصرة والذي أقول انه لو كان واجبا قصد العين لكان حرجاً وقد قال تعالى (وما جعل عليكم في الدين من حرج) فان اصابة العين شيء لا يدرك الابتغريب وتسامح بطريق الهندسة واستعمال الارصاد في ذلك فكيف بغير ذلك من طرق الاجتهاد

ومحتمل انكساف الاجتهاد فيه بطريق الهندسة المبني على الارصاد المستنبط منها طول البلاد وعرضها (وأما المسئلة الثانية) فهي هل فرض المجتهد في القبلة الاصابة أو الاجتهاد فقط حتى يكون اذا قلنا ان فرضه الاصابة متى تبين له انه خطأ أعاد الصلاة ومتى قلنا ان فرضه الاجتهاد لم يجب ان يعيد اذا تبين له الخطأ وقد كان صلى قبل واجتهاده أما الشافعي فزعم ان فرضه الاصابة وأنه اذا تبين له أنه خطأ أعاد أبدأ وقال قوم لا يعيد وقدمت صلاته ما لم يتعمداً وصلى بغير اجتهاد وبه قال مالك وأبو حنيفة الا ان مالك استحب له الاعادة في الوقت وسبب الخلاف في ذلك معارضة الأثر للقياس مع الاختلاف أيضاً في تصحيح الأثر الوارد في ذلك أما القياس فهو تشبيه الجهة بالوقت أعني بوقت الصلاة وذلك انهم أجعوا على ان الفرض فيه هو الاصابة وأنه ان انكشف للكل أنه صلى قبل الوقت أعاد أبدأ الاختلاف اذا في ذلك عن ابن عباس وعن الشعبي وماروى عن مالك من ان المسافر اذا جهل فصلى العشاء قبل غيبوبة الشفق ثم انكشف له انه صلاها قبل غيبوبة الشفق انه قدم صلاته ووجه الشبه بينهما ان هذا ميقات وقت وهذا ميقات جهة وأما الأثر فحديث عامر بن ربيعة قال كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في ليلة ظلماء في سفر خفيت علينا القبلة فصلى كل واحدنا الى وجهه وعلمنا فلما أصبحنا فاذا نحن قد صلينا الى غير القبلة فسألنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال مضت صلاتكم وكزلت (ولله المشرق والمغرب فأينما تولوا فثم وجه الله) وعلى هذا فتكون هذه الآية محكمة وتكون فجئنا صلى فانكشف له انه صلى لغير القبلة والجمهور على انها منسوخة بقوله تعالى (ومن حيث خرجت فول وجهك شطر المسجد الحرام) فمن لم يصح عنده هذا الأثر قاس ميقات الجهة على ميقات الزمان ومن ذهب مذهب الأثر لم تبطل صلاته وفي هذا الباب مسئلة مشهورة وهي جواز الصلاة في داخل الكعبة وقد اختلفوا في ذلك فمنهم من منعه على الإطلاق ومنهم من أجازته على الإطلاق ومنهم من فرق بين النقل في ذلك والفرض وسبب اختلافهم تعرض الأثر في ذلك والاحتمال المتطرق لمن استقبل أحد حيطاتها من داخل هل يسمى مستقبل البيت كما يسمى من استقبله من خارج أم لا أما الأثر فانه ورد في ذلك حديثان متعارضان كلاهما ثابت أحدهما حديث ابن عباس قال لما دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم البيت دعاني نواحيه كلها ولم يصل حتى خرج فلما خرج ركع ركعتين في قبل الكعبة وقال هذه القبلة والثاني حديث عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل الكعبة هو وأسامة بن زيد وعثمان بن طلحة وبلال بن رباح فأغلقها عليه ومكث فيها فسألت بلالا حين خرج ماذا صنع رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال جعل عمودا عن يساره وعمودا عن يمينه وثلاثة أممده وراءه ثم صلى فمن ذهب مذهب الترجيح أو النسخ قال اما يمنع الصلاة مطلقا ان رجح حديث ابن عباس واما باجازتها مطلقا ان رجح حديث ابن عمر ومن ذهب مذهب الجمع بينهما حل حديث ابن عباس على الفرض وحديث ابن عمر على النقل والجمع بينهما فيه عسر فان الركعتين اللتين صلاهما عليه الصلاة والسلام خارج الكعبة وقال هذه القبلة هي نفل ومن ذهب مذهب سقوط الأثر عند التعارض فان كان ممن يقول باستصحاب حكم الاجماع والاتفاق لم يحجز الصلاة داخل البيت أصلا وان كان ممن لا يرى استصحاب حكم الاجماع عاد النظر في إطلاق اسم المستقبل للبيت على من صلى داخل الكعبة فمن جوزه أجاز الصلاة ومن لم يحوزه وهو الاظهر لم يحجز الصلاة في البيت

واتفق العلماء بأجمعهم على استحباب السترة بين المصلى والقبلة اذا صلى منفردا كان أو اماما وذلك لقوله عليه الصلاة والسلام اذا وضع أحدكم بين يديه مثل مؤخرة الرحل فليصل واختلفوا في الخط اذا لم يجد سترة فقال الجمهور ليس عليه ان يحيط وقال أجد بن حنبل يحيط خطا بين يديه وسبب اختلافهم اختلافهم في تصحيح الأثر الوارد في الخط والأثر رواه أبو هريرة أنه عليه الصلاة والسلام قال اذا صلى أحدكم فليجعل لقاء وجهه شيئا فان لم يكن فلينصب عصا فان لم تكن معه عصا فليخط خطأ ولا يضره من مربي يديه خرج أبو داود وكان أجد بن حنبل يصححه والشافعي لا يصححه وقدرى أنه صلى الله عليه وسلم صلى لغير سترة والحديث الثابت انه كان يخرج له العترة فهذه جملة قواعد هذا الباب وهي أربع مسائل

﴿ الباب الرابع من الجملة الثانية ﴾

وهذا الباب ينقسم الى فصلين أحدهما في ستر العورة والثاني فيما يجزئ من اللباس في الصلاة

﴿ الفصل الأول ﴾

اتفق العلماء على ان ستر العورة فرض باطلاق واختلفوا هل هو شرط من شروط صحة الصلاة أم لا وكذلك اختلفوا في حد العورة من الرجل والمرأة وظاهر مذهب مالك انها من سنن الصلاة وذهب أبو حنيفة والشافعي الى انها من فروض الصلاة وسبب الخلاف في ذلك تعارض الآثار واختلافهم في مفهوم قوله تعالى (يا بني آدم خذوا زينتكم عند كل مسجد) هل الامر بذلك على الوجوب أو على الندب فمن حله على الوجوب قال المراد به ستر العورة واحتج لذلك بان سبب نزول هذه الآية كان ان المرأة كانت تطوف بالبيت عريانة وتقول

اليوم يلبس بعضكم وكله * وما بدا منه فلا حله

فنزلت هذه الآية وأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم ألا يحج بعد العام مشرك ولا يطوف بالبيت عريان ومن حله على الندب قال المراد بذلك الزينة الظاهرة من الرداء وغير ذلك من الملابس التي هي زينة واحتج لذلك بما جاء في الحديث من انه كان رجال يصلون مع النبي عليه الصلاة والسلام عاقدي أزهرهم على أعناقهم كهيئة الصبيان ويقال للنساء لا ترفعن رؤسكن حتى يستوى الرجال جالسا قالوا وذلك من لم يجد ما به يستعوره لم يختلف في انه يصلى واختلف فيمن عدم الطهارة هل يصلى أم لا يصلى (وأما المسئلة الثانية) وهو حد العورة من الرجل فذهب مالك والشافعي الى ان حد العورة منه ما بين السرة الى الركبة وكذلك قال أبو حنيفة وقال قوم العورة هما السواكمان فقط من الرجل وسبب الخلاف في ذلك أن ثرا من متعارضان كلاهما ثابت أحدهما حديث جرهد ان النبي صلى الله عليه وسلم قال الفخذ عورة والثاني حديث أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم حسر عن فخذه وهو جالس مع أصحابه قال البخاري وحديث أنس أسند وحديث جرهد أحوط وقد قال بعضهم العورة الدبر والفرج والفخذ (وأما المسئلة الثالثة) وهي حد العورة في المرأة فأكثر العلماء على ان بدنها كله عورة ما خلا الوجه والكفين وذهب أبو حنيفة الى ان قدمها ليست بعورة وذهب أبو بكر بن عبد الرحمن وأحمد الى ان المرأة كلها عورة وسبب الخلاف في ذلك احتمال قوله تعالى (ولا يبدن زينتهن الا ما ظهر منها) هل هذا المستثنى المقصود منه أعضاء محدودة أم انما المقصود به ما لا يملك ظهوره فمن ذهب الى ان المقصود من ذلك ما لا يملك ظهوره عند الحركة قال بدنها كله عورة حتى ظهرها واحتج لذلك بمعوم قوله تعالى (يا أيها النبي قل لأزواجك وبناتك

ونساء المؤمنين) الآية ومن رأى ان المقصود من ذلك ما جرت به العادة بانه لا يستر وهو الوجه والسكفان ذهب الى انهما ليسا بعورة واحتج لذلك بان المرأة ليس تستر وجهها في الحج

﴿ الفصل الثاني من الباب الرابع فيما يجزئ من اللباس في الصلاة ﴾

أما اللباس فالاصل فيه قوله تعالى (خذوا زينتكم عند كل مسجد) والنهي الوارد عن هيآت بعض الملابس في الصلاة وذلك انهم اتفقوا فيما أحسب على ان الهياآت من اللباس التي نهى عن الصلاة فيها مثل اشتغال الصماء وهو أن يحتبى الرجل في ثوب واحد ليس على عاتقه منه شيء وان يحتبى الرجل في ثوب واحد ليس على فرجه منه شيء وسائر ما ورد من ذلك ان ذلك كله سد ذريعة ألا تنكشف عورته ولا أعلم ان أحد اقل لا تجوز صلاة على إحدى هذه الهياآت ان لم تنكشف عورته وقد كان على أصول أهل الظاهر يجب ذلك واتفقوا على انه يجزئ الرجل من اللباس في الصلاة الثوب الواحد لقول النبي صلى الله عليه وسلم وقد سئل اى صلى الرجل في الثوب الواحد فقال أولكم ثوبان واختلفوا في الرجل يصلى مكشوف الظهر والبطن فالجمهور على جواز صلاته لكون الظهر والبطن من الرجل ليس بعورة وشذ قوم فقالوا لا تجوز صلاته لانه صلى الله عليه وسلم ان يصلى الرجل في الثوب الواحد ليس على عاتقه منه شيء وبمسك بوجوب قوله تعالى (خذوا زينتكم عند كل مسجد) واتفق الجمهور على ان اللباس المجزئ للمرأة في الصلاة هو درع وخمار لما روى عن أم سلمة انها سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم ماذا تصلى فيه المرأة فقال في الخمار والدرع السابغ اذا غيبت ظهور قدميها ولما روى أيضا عن عائشة عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال لا يقبل الله صلاة حائض الا بخمار وهو مروي عن عائشة وميمونة وأم سلمة انهم كانوا يفتون بذلك وكل هؤلاء يقولون انها ان صلت مكشوفة أعادت في الوقت وبعده الاما لكا فانه قال انها تعيد في الوقت فقط والجمهور على ان الخادم لما ان تصلى مكشوفة الرأس والقديمين وكان الحسن البصري يوجب عليها الخمار واستحبه عطاء وسبب اختلاف الخطاب المتوجه الى الجنس الواحد هل يتناول الاحرار والعبيد معا أم الاحرار فقط دون العبيد واختلفوا في صلاة الرجل في ثوب الحرير فقال قوم بجوز صلاته فيه وقال قوم لا تجوز وقوم استحبهوا له الاعداء في الوقت وسبب اختلافهم في ذلك هل الشيء المنهى عنه مطلقا اجتنبه شرط في صحة الصلاة أم لا فمن ذهب الى انه شرط قال ان الصلاة لا تجوز به ومن ذهب الى انه يكون بلباسه مأثوما والصلاة جائزة قال ليس شرط في صحة الصلاة كالطهارة التي هي شرط وهذه المسئلة هي من نوع الصلاة في الدار المنصوبة واختلف فيها مشهور

﴿ الباب الخامس ﴾

وأما الطهارة من النجس فمن قال انها سنة مؤكدة فيبعد أن يقول انها فرض في الصلاة أى من شروط صحتها وأما من قال انها فرض باطلاق فيجوز ان يقول انها فرض في الصلاة ويجوز ان لا يقول ذلك وحكي عبد الوهاب عن المذهب في ذلك قولين أحدهما ان ازالة النجاسة شرط في صحة الصلاة في حال القدرة والذكر والقول الآخر انها ليست شرطا والذي حكاه من انها شرط لا يتخرج على مشهور المذهب من ان غسل النجاسة سنة مؤكدة وانما يتخرج على القول بانها فرض مع الذكر والقدرة وقد مضت هذه المسئلة في كتاب الطهارة وعرف هنالك أسباب الخلاف فيها وانما الذي يتعلق به ههنا

الكلام من ذلك هل ما هو فرض مطلق مما يقع في الصلاة بحجب أن يكون فرضاً في الصلاة أم لا والحق ان الشيء المأمور به على الإطلاق لا يجب أن يكون شرطاً في صحة شيء ما (١) آخر ما مور به وان وقع فيه الأبا مر آخر وكذلك الأمر في الشيء المنهى عنه على الإطلاق لا يجب أن يكون شرطاً في صحة شيء ما (٢)

الباب السادس

وأما المواضع التي يصلى فيها فان من الناس من أجاز الصلاة في كل موضع لا تكون فيه نجاسة ومنهم من استثنى من ذلك سبعة مواضع المزبلة والمجزرة والمقبرة وقارعة الطريق والحمام ومعاطن الابل وفوق ظهر بيت الله ومنهم من استثنى من ذلك المقبرة فقط ومنهم من استثنى المقبرة والحمام ومنهم من كره الصلاة في هذه المواضع المنهى عنها ولم يطلها وهو أحد ما روى عن مالك وقدرى عنه الجواز وهذه رواية ابن القاسم وسبب اختلافهم تعارض ظواهر الآثار في هذا الباب وذلك ان ههنا حديثين متفق على صحتهم واحد حديث مختلف فيهما فأما المتفق عليهما فقوله عليه الصلاة والسلام أعطيت خصالاً يعطهن أحد قبلى وذكر فيها وجعلتلى الأرض مسجداً وطهوراً فأئتما أدركتني الصلاة صليت وقوله عليه الصلاة والسلام اجعلوا من صلاتكم في بيوتكم ولا تتخذوها قبوراً وأما الغير المتفق عليهما فأحدهما ما روى انه عليه الصلاة والسلام نهى أن يصلى في سبعة مواطن في المزبلة والمجزرة والمقبرة وقارعة الطريق وفي الحمام وفي معاطن الابل وفوق ظهر بيت الله خرجه الترمذى والثاني ما روى انه قال عليه الصلاة والسلام صالوا في مراض الغنم ولا تصالوا في أعطان الابل فذهب الناس في هذه الأحاديث ثلاثة مذاهب أحدها مذهب الترجيع والنسخ والثاني مذهب البناء أعنى بناء الخاص على العام والثالث مذهب الجمع فأما من ذهب مذهب الترجيع والنسخ فأخذ بالحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام جعلتلى الأرض مسجداً وطهوراً وقال هذا ناسخ لغيره لان هذه هي فضائله عليه الصلاة والسلام وذلك مما لا يجوز نسخه وأما من ذهب مذهب بناء الخاص على العام فقال حديث الإباحة عام وحديث النهى خاص فيجب أن يبنى الخاص على العام فن هؤلاء من استثنى السبعة مواضع ومنهم من استثنى الحمام والمقبرة وقال هذا هو الثابت عنه عليه الصلاة والسلام لانه قد روى أيضا النهى عنهما مفردين ومنهم من استثنى المقبرة فقط للحديث المتقدم وأما من ذهب مذهب الجمع ولم يستثن خاصاً من عام فقال أحاديث النهى محمولة على الكراهة والأول على الجواز واختلفوا في الصلاة في البيع والكائس فكرهها قوم وأجازها قوم وفرق قوم بين أن يكون فيها صور أو لا يكون وهو مذهب ابن عباس لقول عمر لا تدخل كائنا منهم من أجل النفايات والعلة فممن كرهها لاسن أجل التصاوير جلها على النجاسة واتفقوا على الصلاة على الأرض واختلفوا في الصلاة على الطنافس وغير ذلك مما يقع عليه على الأرض والجهور على الإباحة السجود على الحصى وما يشبهه مما تنبته الأرض والكراهية بعد ذلك وهو مذهب مالك بن أنس (٣)

الباب السابع

وأما التروك المشترطة في الصلاة فاتفق المسلمون على أن منها قولاً ومنها فعلاً فأما الأفعال فجميع

(١) ما بين علامتي (١) غير موجود بالنسخة المصرية لكنه مثبت في النسخة القاسية اهـ

(٢) لا يخفى ما في هذه العبارة فتدبر

الأفعال المباحة التي ليست من أفعال الصلاة الاقتل العقب والحية في الصلاة فانهم اختلفوا في ذلك
 لمعارضته الأثر في ذلك للقياس واتفقوا فيما أحسب على جواز الفعل الخفيف وأما الأقوال فهي أيضا
 الأقوال التي ليست من أقاويل الصلاة وهذه أيضا لم يختلفوا انها تقصد الصلاة بحمد الله تعالى (وقوموا
 لله قانتين) وما ورد من قوله عليه الصلاة والسلام ان الله يحدث من أمره ما يشاء وما أحدث
 ألا تكلموا في الصلاة وهو حديث ابن مسعود وحديث زيد بن أرقم أنه قال سألتكم في الصلاة حتى
 نزلت (وقوموا لله قانتين) فأمرنا بالسكوت ونهينا عن الكلام وحديث معاوية بن الحكم السلمي
 سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ان صلاتنا لا يصلح فيها شيء من كلام الناس انما هو التسبيح
 والتهليل والتحميد وقراءة القرآن الا أنهم اختلفوا من ذلك في موضعين أحدهما اذا تكلم ساهيا
 والآخر اذا تكلم عمدا لاصلاح الصلاة وشذذوا في ذلك فقال من تكلم في الصلاة لاجلاء نفس أو لامر كبير
 فإنه يبنى والمشهور من مذهب مالك أن التكلم عمدا على جهة الاصلاح لا يفسدها وقال الشافعي يفسدها
 التكلم كيف كان الامع النسيان وقال أبو حنيفة يفسدها التكلم كيف كان * والسبب في اختلافهم
 تعارض ظواهر الأحاديث في ذلك وذلك أن الأحاديث المتقدمة تقتضي تحريم الكلام على العموم
 وحديث أبي هريرة المشهور أن رسول الله صلى الله عليه وسلم انصرف من اثنتين فقال له ذو اليمين
 أقصرت الصلاة أم نسيت يا رسول الله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أصدق ذو اليمين فقالوا نعم فقام
 رسول الله صلى الله عليه وسلم فصلى ركعتين أخرين ثم سلم ظاهره أن النبي صلى الله عليه وسلم تكلم
 والناس معه وانهم بنوا بعد التكلم ولم يقطع ذلك التكلم صلاتهم فمن أخذ بهذا الظاهر ورأى ان هذا شيء
 يخص الكلام لاصلاح الصلاة استثنى هذا من ذلك العموم وهو مذهب مالك بن أنس ومن ذهب الى أنه
 ليس في الحديث دليل على أنهم تكلموا عمدا في الصلاة وانما يظهر منهم أنهم تكلموا وهم يظنون أن
 الصلاة قد قصرت وتكلم النبي عليه الصلاة والسلام وهو يظن أن الصلاة قد تمت ولم يصح عنده أن
 الناس قد تكلموا بعد قول رسول الله صلى الله عليه وسلم ما قصرت الصلاة وما نسيت قال ان المفهوم من
 الحديث انما هو اجازة الكلام لغیر العامد فاذا السبب في اختلاف مالك والشافعي في المستثنى من ذلك
 العموم هو اختلافهم في مفهوم هذا الحديث مع أن الشافعي اعتقدا أيضا في ذلك أصلا عما وهو قوله عليه
 الصلاة والسلام رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وأما أبو حنيفة فحمل أحاديث النهي على عمومها ورأى
 انها ناسخة لحديث ذي اليمين وأنه متقدم عليها

الباب الثامن *

وأما النية فاتفق العلماء على كونها شرطا في صحة الصلاة لكون الصلاة هي رأس العبادات التي وردت
 في الشرع لغير مصلحة معقولة أعني من المصالح المحسوسة واختلفوا هل من شرط نية المأموم أن
 توافق نية الامام في تعيين الصلاة وفي الوجوب حتى لا يجوز أن يصلي المأموم ظهرا بإمام يصلي عصرا
 ولا يجوز أن يصلي الامام ظهرا يكون في حقه نقلا وفي حق المأموم فرضا فذهب مالك وأبو حنيفة الى أنه
 يجب أن يوافق نية المأموم نية الامام وذهب الشافعي الى أنه ليس يجب * والسبب في اختلافهم معارضة
 مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام انما جعل الامام ليؤتم به لما جاء في حديث معاذ من أنه كان يصلي مع

النبي عليه الصلاة والسلام ثم يصلي بقومه فنرى ذلك خالص المعاذ وأن عموم قوله عليه الصلاة والسلام
 إنما جعل الإمام ليؤتم به يتناول النية اشتراط موافقة نية الإمام للأوموم ومن رأى أن الإباحة لمعاذ في ذلك
 هي إباحة لغيره من سائر المكلفين وهو الأصل قال لا يخالو الأمر في ذلك الحديث الثاني من أحد أمرين
 إما أن يكون ذلك العموم الذي فيه لا يتناول النية لأن ظاهره إنما هو في الأفعال فلا يكون بهذا الوجه
 معارضا لحديث معاذ وإما أن يكون يتناولها فيكون حديث معاذ قد خصص ذلك العموم وفي النية
 مسائل ليس لها تعلق بالمنطوق به من الشرع رأينا تركها إذ كان غرضنا على القصد الأول إنما هو الكلام
 في المسائل التي تتعلق بالمنطوق به من الشرع (الجملة الثالثة من كتاب الصلاة) وهو معرفة ما تستقل
 عليه من الأقوال والأفعال وهي الأركان والصلوات المفروضة تختلف في هذين بالزيادة والنقصان إمامنا
 قبل الانفراد والجماعة وإمامنا قبل الزمان مثل مخالفة ظهر الجمعة لظهر سائر الأيام وإمامنا قبل الحضر
 والسفر وإمامنا قبل الأمن والخوف وإمامنا قبل الصحة والمرض فإذا أردنا أن يكون القول في هذه
 صناعات إجارية على نظام فيجب أن يقال أولا فيما تشترك فيه هذه كلها ثم يقال فيما يخص واحدة واحدة
 منها أو يقال في واحدة واحدة منها وهو الأسهل وإن كان هذا النوع من التعليم يعرض منه تكرار
 ما وهو الذي سلكه الفقهاء ويحرم تتبعهم في ذلك فنجعل هذه الجملة منقسمة إلى ستة أبواب الباب
 الأول في صلاة المنفرد الحاضر الآمن الصحيح الباب الثاني في صلاة الجماعة أعني في أحكام الإمام
 والمأموم في الصلاة الباب الثالث في صلاة الجمعة الباب الرابع في صلاة السفر الباب الخامس في صلاة
 الخوف الباب السادس في صلاة المريض ﴿الباب الأول﴾

وهذا الباب فيه فصلان الفصل الأول في أقوال الصلاة والفصل الثاني في أفعال الصلاة

﴿الفصل الأول﴾

وفي هذا الفصل من قواعد المسائل تسع مسائل (المسئلة الأولى) اختلف العلماء في التكبير على ثلاثة
 مذاهب فقوم قالوا إن التكبير كله واجب في الصلاة وقوم قالوا إنه كله ليس بواجب وهو شاذ وقوم
 أوجبوا تكبيرة الاحرام فقط وهم الجمهور * وسبب اختلاف من أوجب كله ومن أوجب منه تكبيرة
 الاحرام فقط معارضة ما نقل من قوله لما نقل من فعله عليه الصلاة والسلام فأما ما نقل من قوله حديث
 أبي هريرة المشهور أن النبي عليه الصلاة والسلام قال للرجل الذي علمه الصلاة إذا أردت الصلاة فأسبغ
 الوضوء ثم استقبل القبلة ثم كبر ثم اقرأ ففهوم هذا هو أن التكبيرة الأولى هي الفرض فقط ولو كان
 ما عدا ذلك من التكبير فرضا لذكره كذا ذكر سائر فروض الصلاة وأما ما نقل من فعله فمنها حديث
 أبي هريرة أنه كان يصلي فيكبر كلما خفض ورفع ثم يقول إني لأشبهكم صلاة بصلاة رسول الله صلى الله
 عليه وسلم ومنها حديث مطرف بن عبد الله بن الشخير قال صليت أنا وعمران بن الحصين خلف علي بن أبي
 طالب رضي الله عنه فكان إذا سجد كبر وإذا رفع رأسه من الركوع كبر فلما قضى صلاته وانصرفنا أخذ
 عمران بيده فقال أذكرني هذا صلاة محمد صلى الله عليه وسلم فالتفتا لئن لم يحبا به تمسكوا بهذا العمل المنقول
 في هذه الأحاديث وقالوا الأصل أن تكون كل أفعاله التي أنت بيانها لواجب محمولة على الوجوب كما قال
 صلى الله عليه وسلم صلوا كما رأيتموني أصلي وخذوا عني مناسككم وقالت الفرقة الأولى ما في هذه الآثار

يدل على أن العمل عند الصحابة إنما كان على إتمام التكبير ولذلك كان أبو هريرة يقول إنى لأشبهكم
بصلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال عمران أذكرنى هذا بصلاته صلاة محمد صلى الله عليه وسلم
وأما من جعل التكبير كله تقلا فضعيف وإليه قاسه على سائر الأذكار التى فى الصلاة عالىست بواجب إذ
قاس تكبيرة الاحرام على سائر التكبيرات قال أبو عمر بن عبد البر وما يؤيد مذهب الجمهور ما رواه
شعبة بن الحجاج عن الحسن بن عمران عن عبد الله بن عبد الرحمن بن أبزى عن أبيه قال صليت مع النبي
صلى الله عليه وسلم فلم يتم التكبير وصليت مع عمر بن عبد العزيز فلم يتم التكبير وما رواه أحمد بن حنبل
عن عمر رضى الله عنه أنه كان لا يكبر إذا صلى وحده وكأن هؤلاء رأوا أن التكبير إنما هو لمكان اشعار
الامام للمؤمنين بقيمه وقعوده ويشبه أن يكون الى هذا ذهب من رآه كله تقلا (المسئلة الثانية)
قال مالك لا يجزئ من لفظ التكبير الا الله أكبر وقال الشافعى الله أكبر والله الأكبر اللفظان كلاهما
يجزئ وقال أبو حنيفة يجزئ من لفظ التكبير كل لفظ فى معناه مثل الله الأعظم والله الأجل * وسبب
اختلافهم هل اللفظ هو المتعبد به فى الافتتاح والمعنى وقد استدلل المالكيون والشافعيون بقوله عليه
الصلاة والسلام مفتاح الصلاة الطهور وتحريمها التكبير وتحليلها التسليم قالوا والألف واللام ههنا
للحصر والحصر يدل على أن الحكم خاص بالمنطوق به وأنه لا يجوز بغيره وليس يوافقهم أبو حنيفة على
هذا الأصل فان هذا المفهوم هو عنده من باب دليل الخطب وهو أن يحكم للسكوت عنه بضد حكم المنطوق
به ودليل الخطب عند أبي حنيفة غير معمول به (المسئلة الثالثة) ذهب قوم الى أن التوجيه فى الصلاة
واجب وهو أن يقول بعد التكبير اوجه وجهى للذى فطر السموات والارض وهو مذهب الشافعى
وأما أن يسبح وهو مذهب أبي حنيفة وأما أن يجمع بينهما وهو مذهب أبي يوسف صاحبه وقال مالك
ليس التوجيه بواجب فى الصلاة ولا بسنة * وسبب الاختلاف معارضة الآثار الواردة بالتوجيه للعمل
عند مالك أو الاختلاف فى صحة الآثار الواردة بذلك (قال القاضى) قد ثبت فى الصحيحين عن أبي
هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يسكت بين التكبير والقراءة اسكاته قال فقلت يا رسول الله
يا بى أنت وأمى اسكانك بين التكبير والقراءة ما تقول قال أقول اللهم باعد بينى وبين خطاياى كما باعدت
بين المشرق والمغرب اللهم تقنى من الخطايا كما تقنى الثوب الأبيض من الدنس اللهم اغسل خطاياى
بالماء والتلج والبرد وقد ذهب قوم الى استحسان سكات كثيرة فى الصلاة منها حين يكبر وحين يفرغ
من قراءة أم القرآن وإذا فرغ من القراءة قبل الركوع ومن قال بهذا القول الشافعى وأبو ثور والأوزاعى
وأكثر ذلك مالك وأصحابه وأبو حنيفة وأصحابه * وسبب اختلافهم اختلافهم فى تصحيح حديث أبي
هريرة أنه قال كانت له عليه الصلاة والسلام سكات فى صلاته حين يكبر ويفتح الصلاة وحين يقرأ فاتحة
الكتاب وإذا فرغ من القراءة قبل الركوع (المسئلة الرابعة) اختلفوا فى قراءة بسم الله الرحمن الرحيم
فى افتتاح القراءة فى الصلاة فنع ذلك مالك فى الصلاة المكتوبة جهرا كانت أو سرا لافى افتتاح
أم القرآن ولا فى غيرها من السور وأجاز ذلك فى النافلة وقال أبو حنيفة والثورى وأحمد يقرؤها مع أم القرآن
فى كل ركعة سرا وقال الشافعى يقرؤها ولا بد فى الجهر جهرا وفى السر سرا وهى عنده آية من فاتحة الكتاب
وهو قال أحمد وأبو ثور وأبو عبيد واختلف قول الشافعى هل هى آية من كل سورة أم انما هى آية من سورة

التمل فقط ومن فاتحة الكتاب فروى عنه القولان جميعا وسبب الخلاف في هذا آيل الى شيئين أحدهما اختلاف الآثار في هذا الباب والثاني اختلاف فهم هل بسم الله الرحمن الرحيم آية من فاتحة الكتاب أم لا فأما الآثار التي احتج بها من أسقط ذلك فنها حديث ابن مغفل قال سمعت أبي وأنا أقرأ بسم الله الرحمن الرحيم فقال يا بني إياك والحديث فأتى صليت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وعمر فلم أسمع رجلا منهم يقرأها قال أبو عمر بن عبد البر ابن مغفل رجل مجبول ومنها ما رواه مالك من حديث أنس أنه قال قلت وراء أبي بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم فكلمهم كان لا يقرأ بسم الله إذا افتتحوا الصلاة قال أبو عمر وفي بعض الروايات أنه قام خلف النبي عليه الصلاة والسلام فكان لا يقرأ بسم الله الرحمن الرحيم قال أبو عمر الآن أهل الحديث قالوا في حديث أنس هذا ان النقل فيه مضطرب اضطرابا لا تقوم به حجة وذلك ان مرة روى عنه مرفوعا الى النبي صلى الله عليه وسلم ومرة لم يرفع ومنهم من يذكر عثمان ومنهم من لا يذكره ومنهم من يقول فكانوا يقرؤون بسم الله الرحمن الرحيم ومنهم من يقول فكانوا لا يقرؤون بسم الله الرحمن الرحيم ومنهم من يقول فكانوا لا يقرؤون بسم الله الرحمن الرحيم وأما الأحاديث المعارضة لهذا فنها حديث نعيم بن عبد الله المجرى قال صليت خلف أبي هريرة فقرأ بسم الله الرحمن الرحيم قبل أم القرآن وقبل السورة وكبر في الخفض والرفع وقال أنا أشبهكم بصلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم ومنها حديث ابن عباس أن النبي عليه الصلاة والسلام كان يجهر بيسم الله الرحمن الرحيم ومنها حديث أم سلمة أنها قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقرأ بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين فاختلف في هذه الآثار أحدا ماوجب اختلافهم في قراءة بسم الله الرحمن الرحيم في الصلاة والسبب الثاني كما قلناه هو هل بسم الله الرحمن الرحيم آية من أم الكتاب وحدها أم من كل سورة أم ليست آية لا من أم الكتاب ولا من كل سورة فمن رأى أنها آية من أم الكتاب أوجب قراءتها بوجوب قراءة أم الكتاب عنده في الصلاة ومن رأى أنها آية من أول كل سورة وجب عنده أن يقرأها مع السورة وهذه المسئلة قد كثرت الاختلاف فيها والمسئلة محتملة ولكن من أعجب ما وقع في هذه المسئلة أنهم يقولون ومما اختلف فيه هل بسم الله الرحمن الرحيم آية من القرآن في غير سورة الفل أم إنها هي آية من القرآن في سورة الفل فقط ويحكون على جهة الرد على الشافعي أنها لو كانت من القرآن في غير سورة الفل لينته رسول الله صلى الله عليه وسلم لأن القرآن نقل تواترا هذا الذي قاله القاضي في الرد على الشافعي وظن أنه قاطع وأما أبو حامد فانتصر لهذا بأن قال إنه أيضا لو كانت من غير القرآن لوجب على رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يبين ذلك وهذا كله تخبط وشئ غير مفهوم فانه كيف يجوز في الآية الواحدة بعينها أن يقال فيها انها من القرآن في موضع وانها ليست من القرآن في موضع آخر بل يقال ان بسم الله الرحمن الرحيم قد ثبت انها من القرآن حيثما ذكرت وأنها آية من سورة الفل وهل هي آية من سورة أم القرآن ومن كل سورة يستفتح بها مختلف فيه والمسئلة محتملة وذلك انها في سائر السور فاتحة وهي جزء من سورة الفل فتأمل هذا فإنه بين والله أعلم (المسئلة الخامسة) اتفق العلماء على أنه لا تجوز صلاة بغير قراءة لا جمعا ولا سهوا الاشياء روى عن عمر رضي الله عنه أنه صلى ففسى القراءة ففيل له في ذلك فقال كيف كان الركوع والسجود ففيل حسن فقال لا بأس اذا وهو حديث غريب عندهم أدخله مالك في موطنه

في بعض الروايات والاشياء روى عن ابن عباس أنه لا يقرأ في صلاة السر وأنه قال قرأ رسول الله صلى الله عليه وسلم في صلاته وسكت في أخرى فنقرأ فيها قرأ ونسكت فيما سكت وسئل هل في الظهر والعصر قراءة فقال لا وأخذ الجمهور بحديث خباب أنه صلى الله عليه وسلم كان يقرأ في الظهر والعصر قيل فبأي شيء كنتم تعرفون ذلك قال باضطراب لحيته وتعلق الكوفيون بحديث ابن عباس في تركه وجوب القراءة في الركعتين الأخيرتين من الصلاة لاستواء صلاة الظهر والسر في سكوت النبي صلى الله عليه وسلم في هاتين الركعتين واختلفوا في القراءة الواجبة في الصلاة فرأى بعضهم أن الواجب من ذلك أم القرآن لمن حفظها وأن ما عداها ليس فيه توقيت ومن هؤلاء من أوجبها في كل ركعة ومنهم من أوجبها في أكثر الصلاة ومنهم من أوجبها في نصف الصلاة ومنهم من أوجبها في ركعة من الصلاة وبالأول قال الشافعي وهي أشهر الروايات عن مالك وقدرى عنه انه ان قرأها في ركعتين من الرباعية أجزأته وأما من رأى انها تجزئ في ركعة فمنهم الحسن البصري وكثير من فقهاء البصرة وأما أبو حنيفة فالواجب عنده انما هو قراءة القرآن أي آية انفقت أن تقرأ وحداً يحايي في ذلك ثلاث آيات قصاراً وآية طويلة مثل آية الدين وهذا في الركعتين الأوليين وأما في الأخيرتين فيستحب عنده التسبيح فيهما دون القراءة وبه قال الكوفيون والجمهور يستحبون القراءة فيها كلها والسبب في هذا الاختلاف تعارض الآثار في هذا الباب ومعارضة ظاهر الكتاب للأثر أما الآثار المتعارضة في ذلك فأحدها حديث أبي هريرة الثابت أن رجلاً دخل المسجد فصلى ثم جاء فسلم على النبي عليه الصلاة والسلام فرد عليه النبي صلى الله عليه وسلم وقال ارجع فصل فانك لم تصل فصلى ثم جاء فامر به بالرجوع فعل ذلك ثلاث مرات فقال والذي بعثك بالحق ما أحسن غيره فقال عليه الصلاة والسلام اذا قلت الى الصلاة فأسبغ الوضوء ثم استقبل القبلة فكبر ثم اقرأ ما تيسر معك من القرآن ثم اركع حتى تطمئن راكعاً ثم ارفع حتى تعتدل قائماً ثم اسجد حتى تطمئن ساجداً ثم ارفع حتى تطمئن جالساً ثم اسجد حتى تطمئن ساجداً ثم ارفع حتى تستوي قائماً ثم اقل ذلك في صلاتك كلها وأما المعارض لهذا الحديثان ثابتان متفق عليهما أحدهما حديث عباد بن الصامت أنه عليه الصلاة والسلام قال لا صلاة لمن لم يقرأ بفاتحة الكتاب وحديث أبي هريرة أيضاً أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من صلى صلاة لم يقرأ فيها بالقرآن فهي خداج فهي خداج فهي خداج ثلاثاً وحديث أبي هريرة المتقدم ظاهره أنه يجزئ من القراءة في الصلاة ما تيسر من القرآن وحديث عباد وحديث أبي هريرة الثاني يقتضيان أن أم القرآن شرط في الصلاة وظاهر قوله تعالى فاقروا ما تيسر منه يعضد حديث أبي هريرة المتقدم والعلماء المختلفون في هذه المسئلة اما أن يكونوا ذهبوا في تأويل هذه الاحاديث من ذهب الجع واما أن يكونوا ذهبوا من ذهب الترجيع وعلى كلا القولين يتصور هذا المعنى وذلك انه من ذهب من ذهب من أوجب قراءة ما تيسر من القرآن له أن يقول هذا أرجح لأن ظاهر الكتاب يوافقه وله أن يقول على طريق الجمع انه يمكن أن يكون حديث عباد المقصود به في الكمال لا في الاجزاء وحديث أبي هريرة المقصود منه الاعلام بالجزئ من القراءة اذ كان المقصود منه تعليم فراض الصلاة ولا وليك أيضاً أن يذهبوا هذين المذهبين بأن يقولوا هذه الاحاديث اوضح لانها أكثر وايضا فان حديث أبي هريرة المشهور بمعنده وهو الحديث الذي فيه يقول الله تعالى قسمت الصلاة بيني وبين عبدي

فصنفين نصفها لى ونصفها العبدى ولعبدى ماسأل يقول العبد الحمد لله العبد يقول الله جدى عبدى الحديث ولهم أن يقولوا أيضا ان قوله عليه الصلاة والسلام ثم اقرأ ما تيسر معك من القرآن مبهم والأحاديث الأخر معينة والعين يقضى على المبهم وهذا فيه عسر فان معنى حرف ما ههنا انما هو معنى أى شئ تيسر وانما يسوغ هذا ان دلت ما فى كلام العرب على ما تدل عليه لام العهد فكان يكون تقدير الكلام اقرأ الذى تيسر معك من القرآن ويكون المفهوم منه أم الكتاب اذ كانت الألف واللام فى الذى تدل على العهد فينبغى أن يتأمل هذا فى كلام العرب فان وجدت العرب تفعل هذا أعنى تجوز فى موطن ما فتدل بما على شئ معين فليسغ هذا التأويل والافلاوجه له فالمسئلة كما ترى محتملة وانما كان يرتفع الاحتمال لو ثبت النسخ وأما اختلاف من أوجب أم الكتاب فى الصلاة فى كل ركعة أو فى بعض الصلاة فسببه احتمال عودة الضمير الذى فى قوله عليه الصلاة والسلام لم يقرأ فيها بأمر القرآن على كل أجزاء الصلاة أو على بعضها وذلك ان من قرأ فى الكل منها أو فى الجزء أعنى فى ركعة أو ركعتين لم يدخل تحت قوله عليه الصلاة والسلام لم يقرأ فيها وهذا الاحتمال بعينه هو الذى أصر أباحنيفة الى أن يترك القراءة أيضا فى بعض الصلاة أعنى فى الركعتين الأخيرتين واختار مالك أن يقرأ فى الركعتين الأوليين من الرابعة بالحمد وسورة وفى الأخيرتين بالحمد فقط واختار الشافعى أن يقرأ فى الأربع من الظهر بالحمد وسورة الا أن السورة التى تقرأ فى الأوليين تكون أطول فذهب مالك الى حديث أبى قتادة الثابت أنه عليه الصلاة والسلام كان يقرأ فى الأوليين من الظهر والعصر بفاتحة الكتاب وسورة وفى الأخيرتين منها بفاتحة الكتاب فقط وذهب الشافعى الى ظاهر حديث أبى سعيد الثابت أيضا انه كان يقرأ فى الركعتين الأوليين من الظهر قدر ثلاثين آية وفى الأخيرتين قدر خمس عشرة آية ولم يختلفوا فى العصر لانفاق الحديثين فيها وذلك ان فى حديث أبى سعيد هذا انه كان يقرأ فى الأوليين من العصر قدر خمس عشرة آية وفى الأخيرتين قدر النصف من ذلك (المسئلة السادسة) اتفق الجمهور على منع قراءة القرآن فى الركوع والسجود لحديث على فى ذلك قال نهانى جبريل صلى الله عليه وسلم أن أقرأ القرآن راكعا وساجدا قال الطبرى وهو حديث صحيح وبه أخذ فقهاء الأمصار وصار قوم من التابعين الى جواز ذلك وهو مذهب البخارى لأنه لم يصح الحديث عنده والله أعلم واختلفوا هل فى الركوع والسجود قول محدود بقوله المصلى أم لا فقال مالك ليس فى ذلك قول محدود وذهب الشافعى وأبو حنيفة وأجرو جماعة غيرهم الى أن المصلى يقول فى ركوعه سبحان ربى العظيم ثلاثا وفى السجود سبحان ربى الأعلى ثلاثا على ما جاء فى حديث عقبة بن عامر وقال الثورى أحب الى أن يقولها الامام خسا فى صلاته حتى يدرك الذى خلقه ثلاثا تسبيحات والسبب فى هذا الاختلاف معارضة حديث ابن عباس فى هذا الباب لحديث عقبة بن عامر وذلك ان فى حديث ابن عباس أنه عليه الصلاة والسلام قال ألا وائى نهيت أن أقرأ القرآن راكعا وساجدا فأما الركوع فمظلوما فيه الرب وأما السجود فاجتهدوا فيه فى الدعاء فقم من أن يستجاب لكم وفى حديث عقبة بن عامر أنه قال لما نزلت فسبح باسم ربك العظيم قال لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم اجعلوها فى ركوعكم ولما نزلت سبح اسم ربك الأعلى قال اجعلوها فى سجودكم وكذلك اختلفوا فى الدعاء فى الركوع بعد اتفاهم على جواز الثناء على الله فذكره ذلك مالك لحديث على أنه قال عليه الصلاة

والسلام أما الركوع فعظموا فيه الرب وأما السجود فاجتهدوا فيه في الدعاء وقالت طائفة يجوز الدعاء في الركوع واحتجوا بأحد حديث جاء فيها أنه عليه الصلاة والسلام دعا في الركوع وهو منسوب إلى البخاري واحتج بحديث عائشة قالت كان النبي عليه الصلاة والسلام يقول في ركوعه وسجوده سبحانك اللهم ربنا وبحمدك اللهم اغفر لي وأبو حنيفة لا يجيز الدعاء في الصلاة بغير ألفاظ القرآن ومالك والشافعي يجيزان ذلك والسبب في ذلك اختلافهم فيه هل هو كلام أم لا (المسئلة السابعة) اختلفوا في وجوب التشهد وفي المختار منه فذهب مالك وأبو حنيفة وجاعة إلى أن التشهد ليس بواجب وذهب طائفة إلى وجوبه وبه قال الشافعي وأحمد ودาวود وسبب اختلافهم معارضة القياس لظاهر الأثر وذلك أن القياس يقتضي إلحاقه بسائر الأركان التي ليست بواجبة في الصلاة لتوافقهم على وجوب القرآن وأن التشهد ليس بقرآن فيجب وحديث ابن عباس أنه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يعلمنا التشهد كما يعلمنا السورة من القرآن يقتضي وجوبه مع أن الأصل عندهم لو أن أفعاله وأقواله في الصلاة يجب أن تكون محمولة على الوجوب حتى يدل الدليل على خلاف ذلك والأصل عند غيرهم على خلاف هذا وهو أن ما ثبت وجوبه في الصلاة مما اتفق عليه أو صرح بوجوبه فلا يجب أن يلحق به إلا ما صرح به ونص عليه فهما كما ترى أصلا متعارضان وأما المختار من التشهد فإن مالك أجاز أنه اختار تشهد عمر رضي الله عنه الذي كان يعلم الناس على المنبر وهو التحيات لله الزاكيات لله الطيبات الصلوات لله السلام عليك أيها النبي ورحمة الله وبركاته السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين أشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وأشهد أن محمدا عبده ورسوله واختار أهل الكوفة وأبو حنيفة وغيره تشهد عبد الله بن مسعود قال أبو عمر وبه قال أحمد وأكثر أهل الحديث لثبوت نقله عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو التحيات لله والصلوات والطيبات السلام عليك أيها النبي ورحمة الله وبركاته السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين أشهد أن لا إله إلا الله وأشهد أن محمدا عبده ورسوله واختار الشافعي وأصحابه تشهد عبد الله بن عباس الذي رواه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يعلمنا التشهد كما يعلمنا السورة من القرآن فكان يقول التحيات المباركات الصلوات الطيبات لله سلام عليك أيها النبي ورحمة الله وبركاته سلام علينا وعلى عباد الله الصالحين أشهد أن لا إله إلا الله وأن محمدا رسول الله وسبب اختلافهم اختلاف ظنونهم في الأرجح منها فمن غلب على ظنه رجحان حديث ما من هذه الأحاديث الثلاثة مال إليه وقد ذهب كثير من الفقهاء إلى أن هذا كله على التخيير كالأذان والتكبير على الخيائير وفي العيدين وفي غير ذلك مما تواتر نقله وهو الصواب والله أعلم وقد اشترط الشافعي الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم في التشهد وقال أنها فرض لقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا صلوا عليه وسلموا تسليما) ذهب إلى أن هذا التسليم هو التسليم من الصلاة وذهب الجمهور إلى أنه التسليم الذي يؤتى به عقب الصلاة عليه وذهب قوم من أهل الظاهر إلى أنه واجب أن يتعوذ للمتشهد من الأربع التي جاءت في الحديث من عذاب القبر ومن عذاب جهنم ومن فتنة المسيح الدجال ومن فتنة الحيا والممات لأنه ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يتعوذ منها في آخر تشهده وفي بعض طرقه إذا فرغ أحدكم من التشهد الأخير فليتعوذ من الأربع الحديث أخرجه مسلم (المسئلة الثامنة) اختلفوا في التسليم من الصلاة

فقال الجمهور بوجوبه وقال أبو حنيفة وأصحابه ليس بواجب والذين أوجبوه منهم من قال الواجب على المنفرد والامام تسليمة واحدة ومنهم من قال اثنتان فذهب الجمهور مذهب ظاهر حديث علي وهو قوله عليه الصلاة والسلام فيه وتحليلها التسليم ومن ذهب الى أن الواجب من ذلك تسليمتان فثبت من أنه عليه الصلاة والسلام كان يسلم تسليمتين وذلك عند من حل فعله على الوجوب واختار مالك للأمام تسليمتين وللإمام واحدة وقد قيل عنه ان المأموم يسلم ثلاثا الواحدة للتحليل والثانية للإمام والثالثة لمن هو عن يساره وأما أبو حنيفة فذهب الى ما رواه عبد الرحمن بن زياد الافريقي أن عبد الرحمن بن رافع ويكر بن سودة حدثاه عن عبد الله بن عمرو بن العاصي قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا جلس الرجل في آخر صلاته فأحدث قبل أن يسلم فقد تمت صلاته قال أبو عمر بن عبد البر وحديث علي المتقدم أثبت عند أهل النقل لأن حديث عبد الله بن عمرو بن العاصي انفرده الافريقي وهو عند أهل النقل ضعيف (قال القاضي) ان كان أثبت من طريق النقل فإنه محتمل من طريق اللفظ وذلك انه ليس يدل على أن الخروج من الصلاة لا يكون بغير التسليم الا يضرب من دليل الخطاب وهو مفهوم ضعيف عند الأكثر ولكن للجمهور أن يقولوا ان الألف واللام التي للحصر أقوى من دليل الخطاب في كون حكم السكوت عنه بضد حكم المنطوق به (المسئلة التاسعة) اختلفوا في القنوت فذهب مالك الى أن القنوت في صلاة الصبح مستحب وذهب الشافعي الى أنه سنة وذهب أبو حنيفة الى أنه لا يجوز القنوت في صلاة الصبح وان القنوت انما موضعه الوتر وقال قوم بل يقنت في كل صلاة وقال قوم لا قنوت الا في رمضان وقال قوم بل في النصف الأخير منه وقال قوم بل في النصف الأول والسبب في ذلك اختلاف الآثار المنقولة في ذلك عن النبي صلى الله عليه وسلم وقياس بعض الصلوات في ذلك على بعض أعني التي قنت فيها على التي لم يقنت فيها قال أبو عمر بن عبد البر والقنوت بغير الكفارة في رمضان مستفيض في الصدر الأول اقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم في دعائه على رعل وذكو ان والنفر الذين قتلوا أصحاب بئر معونة وقال الليث بن سعد ما قنت منذ أربعين عاما أو خمسة وأربعين عاما الا وراء امام يقنت قال الليث وأخنت في ذلك بالحديث الذي جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قنت شهرا أو أربعين يدعو لقوم ويدعو على آخرين حتى أنزل الله تبارك وتعالى عليه معاتباً (ليس لك من الأمر شيء أو يتوب عليهم أو يعذبهم فانهم ظالمون) فترك رسول الله صلى الله عليه وسلم القنوت فاقنت بعدها حتى نفي الله قال فنزلت هذا الحديث لم أقنت وهو مذهب يحيى بن يحيى (قال القاضي) ولقد حدثني الاشياخ انه كان العمل عليه بمسجده عندنا بقرطبة وانه اسقى الى زماننا أو قريب من زماننا وخرج مسلم عن أبي هريرة أن النبي عليه الصلاة والسلام قنت في صلاة الصبح ثم بلغنا أنه ترك ذلك لما نزلت (ليس لك من الأمر شيء أو يتوب عليهم) وخرج عن أبي هريرة أنه قنت في الظهر والعشاء الاخيرة وصلاة الصبح وخرج عنه عليه الصلاة والسلام أنه قنت شهرا في صلاة الصبح يدعو على بني عصية واختلفوا فيما يقنت به فاستحب مالك القنوت باللهم انا نستعينك ونستغفرك ونشهد بك وثؤمن بك ونخضع لك ونخضع لملكك من يكفر بك اللهم اياك نعبد ولك نصلي ونسجد واليك نسعى ونخضع نرجو رحمتك ونخاف عذابك ان عذابك بالكافر بن ملحقى ويسمى أهل العراق السورتين ويروي

أنها في مصحف أبي بن كعب وقال الشافعي واسحق بن يقنت باللهم اهدنا فحين هديت وعافنا فحين عافيت وقنا شرما قضيت انك تقضى ولا يقضى عليك تباركت ربنا وتعاليت وهذا يرويه الحسن ابن علي من طرق ثابتة أن النبي عليه الصلاة والسلام علمه هذا الدعاء يقنت به في الصلاة وقال عبد الله ابن داود من لم يقنت بالسورتين فلا يصلي خلفه وقال قوم ليس في القنوت شيء موقوف

﴿ الفصل الثاني ﴾

في الافعال التي هي أركان وفي هذا الفصل من قواعد المسائل ثمان مسائل (المسئلة الاولى) اختلف العلماء في رفع اليدين في الصلاة في ثلاثة مواضع أحدها في حكمه والثاني في المواضع التي يرفع فيها من الصلاة والثالث إلى أين ينتهي رفعها فأما الحكم فذهب الجمهور إلى أنه سنة في الصلاة وذهب داود وجاعة من أصحابه إلى أن ذلك فرض وهؤلاء انقسموا أقساما فمنهم من أوجب ذلك في تكبيرة الاحرام فقط ومنهم من أوجب ذلك في الاستفتاح وعند الركوع أعنى عند الاحتطاط فيه وعند الارتفاع منه ومنهم من أوجب ذلك في هذين الموضعين وعند السجود وذلك بحسب اختلافهم في المواضع التي يرفع فيها وسبب اختلافهم معارضة ظاهر حديث أبي هريرة الذي فيه تعلم فرائض الصلاة لفضله عليه الصلاة والسلام وذلك ان حديث أبي هريرة انما قاله وكبر ولم يأمره برفع يديه وثبت عنه عليه الصلاة والسلام من حديث ابن عمر وغيره انه كان يرفع يديه اذا افتتح الصلاة وأما اختلافهم في المواضع التي ترفع فيها فذهب أهل الكوفة أبو حنيفة وسفيان الثوري وسائر فقهاءهم إلى انه لا يرفع للمصلي يديه الا عند تكبيرة الاحرام فقط وهي رواية ابن القاسم عن مالك وذهب الشافعي وأحمد وأبو عبيد وأبو ثور وجمهور أهل الحديث وأهل الظاهر إلى الرفع عند تكبيرة الاحرام وعند الركوع وعند الرفع من الركوع وهو مروي عن مالك الا انه عند أولئك فرض وعند مالك سنة وذهب بعض أهل الحديث إلى رفعها عند السجود وعند الرفع منه والسبب في هذا الاختلاف كله اختلاف الآثار الواردة في ذلك ومخالفة العمل بالمدينة لبعضها وذلك ان في ذلك أحاديث أحدها حديث عبد الله ابن مسعود وحديث البراء بن عازب انه كان عليه الصلاة والسلام يرفع يديه عند الاحرام مرة واحدة لا يزد عليها والحديث الثاني حديث ابن عمر عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان اذا افتتح الصلاة رفع يديه حتى منكبيه واذ رفع رأسه من الركوع رفعهما أيضا كذلك وقال سمع الله من حمده ربنا ولك الحمد وكان لا يفعل ذلك في السجود وهو حديث متفق على صحته وجمهوروا انه يروي ذلك عن النبي صلى الله عليه وسلم ثلاثة عشر رجلا من أصحابه والحديث الثالث حديث وائل بن حجر وفيه زيادة على ما في حديث عبد الله بن عمر أنه كان يرفع يديه عند السجود فن جل الرفع ههنا على أنه نداء وفرضة فمنهم من اقتصر به على الاحرام فقط ترجيح الحديث عبد الله بن مسعود وحديث البراء ابن عازب وهو مذهب مالك لموافقة العمل به ومنهم من رجح حديث عبد الله بن عمر فرأى الرفع في الموضعين أعنى في الركوع وفي الافتتاح لشهرته واتفق الجميع عليه ومن كان رأيه من هؤلاء ان الرفع فريضة حمل ذلك على الفريضة ومن كان من رأيه أنه نداء حمل ذلك على الندب ومنهم من ذهب مذهب الجمع وقال انه يجب أن تجمع هذه الزيادات بعضها إلى بعض على ما في حديث وائل بن حجر فاذا العلماء ذهبوا

في هذه الآثار منهيين امامنهم الترجيع وامانهم الجمع والسبب في اختلافهم في حل رفع اليدين في الصلاة هل هو على النذب أو على القرض هو السبب الذي قلناه قبل من ان بعض الناس يرى ان الاصل في أفعاله صلى الله عليه وسلم أن تحمل على الوجوب حتى يدل الدليل على غير ذلك ومنهم من يرى ان الاصل الايزاد فيما صح بدليل واضح من قول ثابت أو إجماع انه من فرائض الصلاة الابدليل واضح وقد تقدم هذا من قولنا ولا معنى لتكرير الشيء الواحد مرات كثيرة وأما الحد الذي ترفع اليه اليدين فذهب بعضهم الى أنه المنسكبان وبه قال مالك والشافعي وجاعة وذهب بعضهم الى رفعهما الى الاذنين وبه قال أبو حنيفة وذهب بعضهم الى رفعهما الى الصدر وكل ذلك مروي عن النبي صلى الله عليه وسلم الا ان أثبت ما في ذلك انه كان يرفعهما حذو منكبيه وعليه الجمهور والرفع الى الاذنين أثبت من الرفع الى الصدر وأشهر (المسئلة الثانية) ذهب أبو حنيفة الى أن الاعتدال من الركوع وفي الركوع غير واجب وقال الشافعي هو واجب واختلف أصحاب مالك هل ظاهر مذهبه يقتضي أن يكون سنة أو واجبا اذ لم ينقل عنه نص في ذلك والسبب في اختلافهم هل الواجب الأخذ ببعض ما ينطلق عليه الاسم أم بكل ذلك الشيء الذي ينطلق عليه الاسم فمن كان الواجب عنده الأخذ ببعض ما ينطلق عليه الاسم لم يشترط الاعتدال في الركوع ومن كان الواجب عنده الأخذ بالكل اشترط الاعتدال وقد صح عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال في الحديث المتقدم للرجل الذي علمه فروض الصلاة اركع حتى تطمئن راكعا وارفع حتى تطمئن رافعا فالواجب اعتقاد كونه فرضا وعلى هذا الحديث عول كل من رأى ان الأصل ألا تحمل أفعاله عليه الصلاة والسلام في سائر أفعال الصلاة مما لم ينص عليها في هذا الحديث على الوجوب حتى يدل الدليل على ذلك ومن قبل هذا لم يروا رفع اليدين فرضا ولا ماعداً كثيرة الاحرام والقراءة من الأقريل التي في الصلاة فتأمل هذا فانه أصل مناقض للأصل الأول وهو سبب اختلاف في أكثر هذه المسائل (المسئلة الثالثة) اختلف الفقهاء في هيئة الجلوس فقال مالك وأصحابه يفضي باليمنى الى الأرض وينصب رجله اليمنى ويثنى اليسرى وجلوس المرأة عنده كجلوس الرجل وقال أبو حنيفة وأصحابه ينصب الرجل اليمنى ويقعد على اليسرى وفرق الشافعي بين الجلسة الوسطى والأخيرة فقال في الوسطى بمثل قول أبي حنيفة وفي الأخيرة بمثل قول مالك وسبب اختلافهم في ذلك تعارض الآثار وذلك ان في ذلك ثلاثة آثار أحدها هو ثابت باتفاق حديث أبي حميد الساعدي الوارد في وصف صلاته عليه الصلاة والسلام وفيه واذا جلس في الركعتين جلس على رجله اليسرى ونصب اليمنى واذا جلس في الركعة الأخيرة قدم رجله اليسرى ونصب اليمنى وقعد على مقعدته والثاني حديث وائل بن حجر وفيه أنه كان اذا قعد في الصلاة نصب اليمنى وقعد على اليسرى والثالث ما رواه مالك عن عبد الله بن عمر انه قال انما سنة الصلاة أن تنصب رجلك اليمنى وتثنى اليسرى وهو يدخل في المسند لقوله فيه انما سنة الصلاة وفي روايته عن القاسم بن محمد انه أراه الجلوس في التشهد فنصب رجله اليمنى وتثنى اليسرى وجلس على وركه الأيسر ولم يجلس على قدمه ثم قال أراقي هذا عبيد الله بن عبد الله بن عمر وحديثي ان أباه كان يفعل ذلك فذهب مالك من هذا الترجيع لهذا الحديث وذهب أبو حنيفة من هذا الترجيع لحديث وائل وذهب الشافعي من هذا الجمع على حديث أبي حميد وذهب الطبري من هذا الترجيع وقال هذه الهيات كلها جائزة

وحسن فعلها لثبوتها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو قول حسن فان الأفعال المختلفة أولى
 ان تحمل على التحخير منها على التعارض وانما يتصور التعارض أكثر ذلك في الفعل مع القول أولى القول
 مع القول (المسئلة الرابعة) اختلف العلماء في الجلسة الوسطى والأخيرة فنهب الأكثر في الوسطى
 الى انها سنة وليست بفرض وشذوق فقالوا انها فرض وكذلك ذهب الجمهور في الجلسة الأخيرة الى أنها
 فرض وشذوق فقالوا انها ليست بفرض والسبب في اختلافهم هو تعارض مفهوم الأحاديث وقياس
 إحدى الجلستين على الثانية وذلك ان في حديث أبي هريرة المتقدم اجلس حتى تطمئن جالسا فوجب
 الجالس على ظاهر هذا الحديث في الصلاة كلها فمن أخذ بهذا قال ان الجالس كله فرض ولما جاء
 في حديث ابن عبيدة الثابت أنه عليه الصلاة والسلام أسقط الجلسة الوسطى ولم يجبرها وسجد لها وثبت عنه
 أنه أسقط ركعتين خبرهما وكذلك ركعة فهم الفقهاء من هذا الفرق بين حكم الجلسة الوسطى وحكم
 الركعة وكانت عندهم الركعة فرضا بإجماع فوجب ألا تكون الجلسة الوسطى فرضا فهذا هو الذي
 أوجب ان فرق الفقهاء بين الجلستين ورأوا ان سجود السهو انما يكون للسنة دون الفروض ومن رأى
 انها فرض قال السجود للجلسة الوسطى شيء يخصها دون سائر الفرائض وليس في ذلك دليل على انها ليست
 بفرض وأما من ذهب الى انها كليهما سنة فقامت الجلسة الأخيرة على الوسطى بعد ان اعتقد في الوسطى
 بالدليل الذي اعتقده الجمهور انها سنة فاذا السبب في اختلافهم هو في الحقيقة آيل الى معارضة الاستدلال
 لظاهر القول أو ظاهر الفعل فان من الناس أيضا من اعتقد ان الجلستين كليهما فرض من جهة أن أفعاله
 عليه الصلاة والسلام عنده الأصل فيها أن تكون في الصلاة محمولة على الوجوب حتى يدل الدليل على غير
 ذلك على ما تقدم فاذا ان الأعلان جميعا يقتضيان ههنا ان الجالس الأخير فرض ولذلك عليه أكثر الجمهور
 من غير أن يكون له معارض الا للقياس وأعني بالأصلين القول والعمل ولذلك أضعف الأقاويل من رأى
 ان الجلستين سنة والله أعلم وثبت عنه عليه الصلاة والسلام انه كان يضع كفه اليمنى على ركبتة اليمنى وكفه
 اليسرى على ركبتة اليسرى ويشير بأصبعه واتفق العلماء على أن هذه الهيئة من هيئة الجالس المستحسنة
 في الصلاة واختلفوا في تحريك الأصابع لاختلاف الأثر في ذلك والثابت انه كان يشير فقط (المسئلة
 الخامسة) اختلف العلماء في وضع اليدين أحدهما على الأخرى في الصلاة فذكره مالك في الفرض
 وأجاز في النفل ورأى قوم ان هذا الفعل من سنن الصلاة وهم الجمهور والسبب في اختلافهم انه قد جاء
 آثار ثابتة نقلت فيها صلاته عليه الصلاة والسلام ولم ينقل فيها انه كان يضع يده اليمنى على اليسرى
 وثبت أيضا ان الناس كانوا يؤمرون بذلك وورد ذلك أيضا من صفة صلاته عليه الصلاة والسلام في حديث
 أبي حميد فرأى قوم ان الآثار التي أثبتت ذلك اقتضت زيادة على الآثار التي لم تنقل فيها هذه الزيادة
 وان الزيادة يجب أن يصار إليها ورأى قوم ان الأرجح المصير الى الآثار التي ليس فيها هذه الزيادة لأنها أكثر
 ولكون هذه ليست مناسبة لأفعال الصلاة وانما هي من باب الاستعانة ولذلك أجازها مالك في النفل
 ولم يجزها في الفرض وقد يظهر من أمرها انها هيئة تقتضي الخضوع وهو الأولى بها (المسئلة السادسة)
 اختار قوم اذا كان الرجل في رتة في صلاته ألا ينهض حتى يستوي قاعدا واختار آخرون ان ينهض من
 سجوده نفسه وبالأول قال الشافعي وجاعة وبالثاني قال مالك وجاعة وسبب الخلاف ان في ذلك

حديثين مختلفين أحدهما حديث مالك بن الحويرث الثابت أنه رأى رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي فإذا كان في وتر من صلاته لم ينهض حتى يستوى قاعدا وفي حديث أبي حنيفة في صفة صلاته عليه الصلاة والسلام أنه لما رفع رأسه من السجدة الثانية من الركعة الأولى قام ولم يتورك فأخذ بالحديث الأول الشافعي وأخذ بالثاني مالك وكذلك اختلفوا إذا سجد هل يضع يديه قبل ركبتيه أو يركبتيه قبل يديه ومنه ما لم يضع يديه قبل الركبتين أو يضع يديه قبل الركبتين وسبب اختلافهم ان في حديث ابن حجر قال رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا سجد وضع ركبتيه قبل يديه وإذا نهض رفع يديه قبل ركبتيه وعن أبي هريرة ان النبي عليه الصلاة والسلام قال إذا سجد أحدكم فلا يركع كما يركع البعير وليضع يديه قبل ركبتيه وكان عبد الله بن عمر يضع يديه قبل ركبتيه وقال بعض أهل الحديث حديث وائل بن حجر أثبت من حديث أبي هريرة (المسئلة السابعة) اتفق العلماء على ان السجود يكون على سبعة أعضاء الوجه واليدين والركبتين وأطراف القدمين لقوله عليه الصلاة والسلام أمرت أن أسجد على سبعة أعضاء واختلفوا فيمن سجد على وجهه ونقصه السجود على عضو من تلك الأعضاء هل تبطل صلاته أم لا فقال قوم لا تبطل صلاته لان اسم السجود انما يتناول الوجه فقط وقال قوم تبطل ان لم يسجد على السبعة الاعضاء للحديث الثابت ولم يختلفوا ان من سجد على جبهته وأنه فقد سجد على وجهه واختلفوا فيمن سجد على أحدهما فقال مالك ان سجد على جبهته دون أنفه جاز وان سجد على أنفه دون جبهته لم يجز وقال أبو حنيفة بل يجوز ذلك وقال الشافعي لا يجوز الا ان يسجد عليهما جميعا وسبب اختلافهم هل الواجب هو امتثال بعض ما ينطلق عليه الاسم أم كله وذلك ان في حديث النبي عليه الصلاة والسلام الثابت عن ابن عباس أمرت أن أسجد على سبعة أعضاء فذكر منها الوجه فمن رأى ان الواجب هو بعض ما ينطلق عليه الاسم قال ان سجد على الجبهة والاهة أجزاءه ومن رأى ان اسم السجود يتناول من سجد على الجبهة ولا يتناول من سجد على الالف أجاز السجود على الجبهة دون الالف وهذا كأنه تحديد للبعض الذي امتثاله هو الواجب عما ينطلق عليه الاسم وكان هذا على من ذهب من يفرق بين أبعاض الشيء فرأى ان بعضها يقوم في امتثاله مقام الوجوب وبعضها لا يقوم مقامه فتأمل هذا فإنه أصل في هذا الباب والاجازة لقائل أن يقول انه ان مس من أنفه الأرض مثقال خردلة تم سجوده وأما من رأى ان الواجب هو امتثال كل ما ينطلق عليه الاسم فالواجب عنده أن يسجد على الجبهة والاهة والشافعي يقول ان هذا الاحتمال الذي من قبل اللفظ قد أزاله فعله عليه الصلاة والسلام ويثبت أنه كان يسجد على الالف والجبهة لما جاء من انه انصرف من صلاة من الصلوات وعلى جبهته وأنفه أثر الطين والماء فوجب أن يكون فعله مفسرا للحديث المجمل قال أبو عمر بن عبد البر وقد ذكر جماعة من الحفاظ حديث ابن عباس فذكروا فيه الالف والجبهة (قال القاضي) أبو الوليد وذكر بعضهم الجبهة فقط وكلا الروايتين في كتاب مسلم وذلك حجة لما لك واختلفوا أيضا هل من شرط السجود أن تكون يد الساجد بارزة وموضوعة على الذي يوضع عليه الوجه أم ليس ذلك من شرطه فقال مالك ذلك من شرط السجود أحسبه شرط تمامه وقالت جماعة ليس ذلك من شرط السجود ومن هذا الباب اختلافهم في السجود

على طائقات العمامة والناس فيه ثلاثة مذاهب قول بالمنع وقول بالجواز وقول بالفرق بين أن يسجد على طائقات يسيرة من العمامة أو كثيرة وقول بالفرق بين أن يمس من جهته الأرض شيء أو لا يمس منها شيء وهذا الاختلاف كله موجود في المذهب وعند فقهاء الأمصار وفي البخاري كانوا يسجدون على القلائس والعمائم واحتج من لم يبرأزالدين في السجود بقول ابن عباس أمر النبي صلى الله عليه وسلم أن يسجد على سبعة أعضاء ولا تكفت ثوباً ولا شعرًا وقياساً على الركبتين وعلى الصلاة في الخفين ويمكن أن يحتج بهذا العموم في السجود على العمامة (المسئلة الثامنة) اتفق العلماء على كراهية الاقعاء في الصلاة لما جاء في الحديث من النهي أن يقي الرجل في صلاته كما يقي الكلب الا أنهم اختلفوا فيما يدل عليه الاسم فبعضهم رأى ان الاقعاء المنهي عنه هو جالس الرجل على أليتيه في الصلاة ناصباً خلفه مثل اقعاء الكلب والسبع ولا خلاف بينهم ان هذه الهيئة ليست من هيأت الصلاة وقوم رأوا ان معنى الاقعاء الذي نهى عنه هو أن يجعل أليتيه على عقبه بين السجدين وان يجلس على صدور قدميه وهو مذهب مالك لما روى عن ابن عمر انه ذكر انه انما كان يفعل ذلك لانه كان يشتكي قدميه وأما ابن عباس فكان يقول الاقعاء على القدمين في السجود على هذه الصفة هو سنة نبينا محمد خروجه مسلم وسبب اختلافهم هو تردد اسم الاقعاء المنهي عنه في الصلاة بين أن يدل على المعنى اللغوي أو يدل على معنى شرعي أعني على هيئة خصها الشرع بهذا الاسم فمن رأى انه يدل على المعنى اللغوي قال هو اقعاء الكلب ومن رأى انه يدل على معنى شرعي قال انما يريد بذلك إحدى هيأت الصلاة المنهي عنها ولم يثبت عن ابن عمر ان قعود الرجل على صدور قدميه ليس من سنة الصلاة سبق الى اعتقاده ان هذه الهيئة هي التي أراد بالاقعاء المنهي عنه وهذا ضعيف فان الاسماء التي لم تثبت لها معان شرعية يجب أن تحمل على المعنى اللغوي حتى يثبت لها معنى شرعي بخلاف الأمر في الأسماء التي تثبت لها معان شرعية أعني أنه يجب أن يحمل على المعاني الشرعية حتى يدل الدليل على المعنى اللغوي مع انه قد عارض حديث ابن عمر في ذلك حديث ابن عباس

﴿ الباب الثاني من الجملة الثالثة ﴾

وهذا الباب الكلام المحيط بقواعده فيه فصول سبعة أحدها في معرفة حكم صلاة الجماعة والثاني في معرفة شروط الإمامة ومن أولى بالتقديم وأحكام الإمام الخاصة به الثالث في مقام المأموم من الإمام والأحكام الخاصة بالمأمومين الرابع في معرفة ما يتبع فيه المأموم الإمام مما ليس يتبعه الخامس في صفة الاتباع السادس فيما يجعله الإمام عن المأمومين السابع في الأشياء التي اذا فسدت لها صلاة الإمام يتعدى الفساد الى المأمومين

﴿ الفصل الأول ﴾

وفي هذا الفصل مستلтан احدهما هل صلاة الجماعة واجبة على من سمع النداء أم ليست بواجبة المسئلة الثانية اذا دخل الرجل المسجد وقصلى هل يجب عليه أن يصلى مع الجماعة الصلاة التي قد صلّاها أم لا (المسئلة الاولى) فان العلماء اختلفوا فيها فذهب الجمهور الى أنها سنة أو فرض على الكفاية وذهب الظاهرية الى أن صلاة الجماعة فرض متعين على كل مكلف والسبب في اختلافهم تعارض مفهومات الآثار في ذلك وذلك ان ظاهر قوله عليه الصلاة والسلام صلاة الجماعة تفضل صلاة الفرد بخمس

وعشرين درجة أو سبع وعشرين درجة يعطى ان الصلاة في الجماعات من جنس المندوب اليه وكأنها كمال زائد على الصلاة الواجبة فكانه قال عليه الصلاة والسلام صلاة الجماعة أكمل من صلاة المنفرد والكمال انما هو شيء زائد على الاجزاء وحديث الأعمى المشهور حين استأذنه في التخلف عن صلاة الجماعة لأنه لا قائد له فرخص له في ذلك ثم قال له عليه الصلاة والسلام أسمع النداء قال نعم قال لا أجد لك رخصة هو كالتص في وجوبها مع عدم الغرض خرجه مسلم ومما يقوى هذا حديث أبي هريرة المتفق على صحته وهو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال والذي نفسي بيده لقد هممت أن آمر بحطب فيحطب ثم آمر بالصلاة فيؤذن لها ثم آمر رجلا فيؤم الناس ثم أخلفت إلى رجال فأحرق عليهم بيوتهم والذي نفسي بيده لو يعلم أحدكم انه يجعد ظمأ سمينا أو مر ماتين حستين لشهد العشاء وحديث ابن مسعود وقال فيه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم علمنا سنن الهدى وان من سنن الهدى الصلاة في المسجد الذي يؤذن فيه وفي بعض رواياته ولو تركتم سنة نبيكم لضللتم فسلك كل واحد من هذين الطريقين مسلك الجمع يتأويل حديث مخالفه وصرفه الى ظاهر الحديث الذي تمسك به فأما هل الظاهر فانهم قالوا ان المفاضلة لا يمنع أن تقع في الواجبات أنفسها أى ان صلاة الجماعة في حق من فرضه صلاة الجماعة تفضل صلاة المنفرد في حق من سقط عنه وجوب صلاة الجماعة لمكان العذر بتلك السجلات المذكورة قالوا وعلى هذا فلا تعارض بين الحديثين واحتجوا لذلك بقوله عليه الصلاة والسلام صلاة القاعد على النصف من صلاة القائم وأما أولئك فزعموا انه يمكن أن يحمل حديث الأعمى على نداء يوم الجمعة اذ ذلك هو النداء الذي يجب على من سمعه الاتيان اليه باتفاق وهذا فيه بعد والله أعلم لأن نص الحديث هو أن بأهريرة قال أتى النبي صلى الله عليه وسلم رجلا أعمى فقال يا رسول الله ان ليس لى قائد يقودنى الى المسجد فسأل رسول الله أن يرخص له فيصلى في بيته فرخص له فلما ولى دعاء فقال هل تسمع النداء بالصلاة فقال نعم قال فاجب وظاهر هذا يبعد أن يفهم منه نداء الجمعة مع ان الاتيان الى صلاة الجمعة واجب على من كان في المصر وان لم يسمع النداء ولا أعرف في ذلك خلافا وعارض هذا الحديث أيضا حديث عتيبان بن مالك المذكور في الموطأ وفيه ان عتيبان بن مالك كان يؤم وهو أعمى وانه قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم انه تكون الظلمة والمطر والسيول وأنا رجل ضرير البصر فصل يا رسول الله في بيتي مكانا أتخذه مصلى فجاءه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أين يحب أن أصلى فأشاره الى مكان من البيت فصلى فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم (وأما المسئلة الثانية) فان الذي دخل المسجد وقصد صلى لا يخلو من أحد وجهين اما أن يكون صلى منفردا واما أن يكون صلى في جماعة فان كان صلى منفردا فقال قوم يعيدهم كل الصلوات الا المغرب والعصر فقط ومن قال بهذا القول مالك وأصحابه وقال أبو حنيفة يعيد الصلوات كلها الا المغرب والعصر وقال الأوزاعي الا المغرب والصبح وقال أبو ثور الا العصر والفجر وقال الشافعي يعيد الصلوات كلها وانما اتفقوا على ايجاب إعادة الصلاة عليه بالجملة لحديث بشر بن محمد عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له حين دخل المسجد ولم يصل معه مالك لم تصل مع الناس أأنت برجل مسلم فقال بلى يا رسول الله ولكنى صليت في أهلى فقال عليه الصلاة والسلام اذا جئت فصل مع الناس وان كنت قد صليت فاختلف الناس لاحتمال تخصيص هذا العموم بالقياس أو بالدليل فن حله على عمومه وأوجب

عليه إعادة الصلوات كلها وهو مذهب الشافعي وأما من استثنى من ذلك صلاة المغرب فقط فإنه خصص العموم بقياس الشبه وهو مالك رحمه الله وذلك أنه زعم أن صلاة المغرب هي وتر فلو أعيدت لأشبهت صلاة الشفع التي ليست بوتر لأنها كانت تكون بمجموع ذلك ستركات فكانها كانت تنقل من جنسها إلى جنس صلاة أخرى وذلك مبطل لها وهذا القياس فيه ضعف لأن السلام قد فصل بين الأوتار والتمسك بالعموم أقوى من الاستثناء بهذا النوع من القياس وأقوى من هذا ما قاله الكوفيون من أنه إذا أعادها يكون قد أوتر مرتين وقد جاء في الآثار لا وتران في ليلة وأما أبو حنيفة فإنه قال إن الصلاة الثانية تكون له نفلا فإن أعاد العصر يكون قد تنقل بعد العصر وقد جاء النهي عن ذلك فخصص العصر بهذا القياس والمغرب بأنه وتر والوتر لا يعاد وهذا قياس جيد إن سلم لهم الشافعي أن الصلاة الأخيرة لهم نفل وأما من فرق بين العصر والصبح في ذلك فلأنه لم يختلف الآثار في النهي عن الصلاة بعد الصبح واختلفت في الصلاة بعد العصر كما تقدم وهو قول الأوزاعي وأما إذا صلى في جماعة فهل يعيد في جماعة أخرى فأكثر الفقهاء على أنه لا يعيد منهم مالك وأبو حنيفة وقال بعضهم بل يعيد وعن قال بهذا القول أحمد وداود وأهل الظاهر والسبب في اختلافهم تعارض مفهوم الآثار في ذلك وذلك أنه ورد عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال لا تصلي صلاة في يوم مرتين وروى عنه أنه أمر الذين صلوا في جماعة أن يعيدوا مع الجماعة الثانية وأيضا فإن ظاهر حديث بسري يوجب إعادة على كل مصل إذا جاء المسجد فإن قوته قوة العموم والأكثر على أنه إذا ورد العام على سبب خاص لا يقتصر به على سببه وصلاة معاذ مع النبي عليه الصلاة والسلام ثم كان يؤم قومه في تلك الصلاة فيه دليل على جواز إعادة الصلاة في الجماعة فذهب الناس في هذه الآثار مذهب الجمع ومذهب الترجيح أما من ذهب مذهب الترجيح فإنه أخذ بعموم قوله عليه الصلاة والسلام لا تصلي صلاة واحدة في يوم مرتين ولم يستثن من ذلك الاصل الصلاة المنفردة فقط لوقوع الاتفاق عليها وأما من ذهب مذهب الجمع فقالوا إن معنى قوله عليه الصلاة والسلام لا تصلي صلاة في يوم مرتين إنما ذلك أن لا يصلي الرجل الصلاة الواحدة بعينها مرتين يعتقد في كل واحدة منهما أنها فرض بل يعتقد في الثانية أنها زائدة على الفرض ولكنه مأمورها وقال قوم بل معنى هذا الحديث إنما هو للمنفرد أعني أن لا يصلي الرجل المنفرد صلاة واحدة بعينها مرتين

❦ الفصل الثاني وفي هذا الفصل مسائل أربع ❦

(المسئلة الأولى) ❦ اختلفوا فيمن أولى بالامامة فقال مالك يؤم القوم أفقههم لأقرؤهم وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة والثوري وأحمد يؤم القوم أقرؤهم والسبب في هذا الاختلاف اختلافهم في مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام يؤم القوم أقرؤهم لكأن الله فإن كانوا في القراءة سواء فأعلمهم بالسنة فإن كانوا في السنة سواء فأقدمهم هجرة فإن كانوا في الهجرة سواء فأقدمهم اسلاما ولا يؤم الرجل الرجل في سلطانه ولا يقعد في بيته على تكبرته الا باذنه وهو حديث متفق على صحته لكن اختلف العلماء في مفهومه فذهب من حله على ظاهره وهو أبو حنيفة ومنهم من فهم من الأقرأ ههنا الأفقه لأنه زعم أن الحاجة إلى الفقه في الامامة أم من الحاجة إلى القراءة وأيضا فإن الأقرأ من الصحابة كان هو الأفقه ضرورة وذلك بخلاف ما عليه الناس اليوم (المسئلة الثانية) ❦ اختلف الناس في امامة الصبي الذي لم يبلغ

الحلم اذا كان قارئاً فأجاز ذلك قوم لعموم^(٢) هذا الأثر و^(٣) لحديث عمرو بن سلمة أنه كان يؤم قومه وهو صبي ومنع ذلك قوم مطلقاً وأجازة قوم في النفل ولم يجزوه في الفريضة وهو مروي عن مالك وسبب الخلاف في ذلك هل يؤم أحد في صلاة غير واجبة عليه من وجبت عليه وذلك لاختلاف نية الامام والمأموم **(المسئلة الثالثة)** اختلفوا في امامة الفاسق فردها قوم باطلاق وأجازها قوم باطلاق وفرق قوم بين أن يكون فسقه مقطوعاً به أو غير مقطوع به فقالوا ان كان فسقه مقطوعاً به أعاد الصلاة المصلي وراءه أبداً وان كان مظنوناً استحبت له الاعادة في الوقت وهذا الذي اختاره الأبهري تأولاً على المذهب ومنهم من فرق بين أن يكون فسقه بتأويل أو يكون بغير تأويل مثل الذي يشرب النبيذ وتأول أقوال أهل العراق فأجازوا الصلاة وراء المتأول ولم يجزوها وراء غير المتأول وسبب اختلافهم في هذا انه شيء مسكوت عنه في الشرع والقياس فيه متعارض فمن رأى ان الفسق لما كان لا يبطل صحة الصلاة ولم يكن يحتاج المأموم من امامه الأصحة صلاته فقط على قول من يرى ان الامام يحمل عن المأموم أجاز امامة الفاسق ومن قاس الامامة على الشهادة وإتهم الفاسق أن يكون يصلي صلاة فاسدة كما يتهم في الشهادة أن يكذب لم يجز امامته ولذلك فرق قوم بين أن يكون فسقه بتأويل أو بغير تأويل والى قريب من هذا يرجع من فرق بين أن يكون فسقه مقطوعاً به أو غير مقطوع به لأنه اذا كان مقطوعاً به فكأنه غير معنور في تأويله وقد رام أهل الظاهر أن يجيزوا امامة الفاسق بعموم قوله عليه الصلاة والسلام يؤم القوم أقرؤهم قالوا فليست من ذلك فاسقاً من غير فاسق والاحتجاج بالعموم في غير المقصود ضعيف ومنهم من فرق بين أن يكون فسقه في شروط صحة الصلاة أو في أمور خارجة عن الصلاة بناء على ان الامام انما يشترط فيه وقوع صلاته صحيحة **(المسئلة الرابعة)** اختلفوا في امامة المرأة فالجمهور على انه لا يجوز أن تؤم الرجال واختلفوا في امامتها النساء فأجاز ذلك الشافعي ومنع ذلك مالك وشاذ أبو ثور والطبري فأجازا امامتها على الاطلاق وانما اتفق الجمهور على منعها أن تؤم الرجال لأنهم لو كان جائزاً لنقل ذلك عن الصدر الأول ولأنه أيضاً لما كانت سنتهن في الصلاة التأخير عن الرجال علم انه ليس يجوزهن التقديم عليهن لقوله عليه الصلاة والسلام أخروهن حيث أخرهن الله ولذلك أجاز بعضهم امامتها النساء اذ كن متساويات في المرتبة في الصلاة مع انه أيضاً نقل ذلك عن بعض الصدر الأول ومن أجاز امامتها فانما ذهب الى ما رواه أبو داود من حديث أم ورقة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يزورها في بيتها وجعل لها مؤذناً يؤذن لها وأمرها أن تؤم أهل دارها وفي هذا الباب مسائل كثيرة أعنى من اختلافهم في الصفات المشترطة في الامام تركها ذكرها لكونها مسكوتاً عنها في الشرع **(قال القاضي)** وقصدنا في هذا الكتاب انما هو ذكر المسائل المسموعة أو ماله تعلق قريب بالمسموع وأما أحكام الامام الخاصة به فان في ذلك أربعة مسائل متعلقة بالمسمع احداها هل يؤمن الامام اذا فرغ من قراءة أم القرآن أم المأموم هو الذي يؤمن فقط والثانية متى يكبر تكبيرة الاحرام والثالثة اذا ابرئ عليه هل يفتح عليه أم لا والرابعة هل يجوز أن يكون موضعه أرفع من موضع المأمومين فأما هل يؤمن الامام اذا فرغ من قراءة أم الكتاب فان مالكا ذهب في رواية ابن القاسم عنه والمصريين بانه لا يؤمن وذهب جمهور الفقهاء الى أنه يؤمن

كلما موم سواء وهي رواية المدنيين عن مالك وسبب اختلافهم ان في ذلك حديثين متعارضين الظاهر
أحدهما حديث أبي هريرة المتفق عليه في الصحيح أنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا أمن
الامام فأمنوا والحديث الثاني ما خرج مالك عن أبي هريرة أيضا أنه قال عليه الصلاة والسلام اذا قال
الامام غير المغضوب عليهم ولا الضالين فقولوا آمين فأما الحديث الأول فهو نص في تأمين الامام
وأما الحديث الثاني فيستدل منه على ان الامام لا يؤمن وذلك انه لو كان يؤمن لما أمر المأوم بالتأمين
عند الفراغ من أم الكتاب قبل أن يؤمن الامام لأن الامام كما قال عليه الصلاة والسلام انما جعل الامام
ليؤتم به الآن يخص هذا من أقوال الامام أعني أن يكون للمأوم أن يؤمن معه وقبله فلا يكون فيه
دليل على حكم الامام في التأمين ويكون انما تضمن حكم المأوم فقط لكن الذي يظهر ان مالكا ذهب
منهجه الترجيح للحديث الذي رواه لكون السامع هو المؤمن لا الداعي وذهب الجمهور لترجيح الحديث
الأول لكونه نصا ولأنه ليس فيه شيء من حكم الامام وانما الخلاف بينه وبين الحديث الآخر في موضع
تأمين المأوم فقط لا في هل يؤمن الامام أولا يؤمن فتأمل هذا ويمكن أيضا أن يتأول الحديث الأول
بان يقال ان معنى قوله فاذا أمن فأمنا أى فاذا بلغ موضع التأمين وقديلا ان التأمين هو الدعاء وهذا
عندئذ عن الظاهر لشي غير مفهوم من الحديث لا بقياس أعني أن يفهم من قوله فاذا قال غير المغضوب
عليهم ولا الضالين فأمنا انه لا يؤمن الامام وأما تكبير الامام فان قوما قالوا لا يكبر الا بعد تمام الإقامة
واستواء الصفوف وهو منهج مالك والشافعي وجاعة وقوم قالوا ان موضع التكبير هو قبل أن يتم
الإقامة واستحسنوا تكبيره عند قول المؤذن فتقامت الصلاة وهو منهج أبي حنيفة والثوري وزفر
وسبب الخلاف في ذلك تعارض ظاهر حديث أنس وحديث بلال أما حديث أنس فقال أقبل علينا
رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل أن يكبر في الصلاة فقال أقموا صفوفكم وتراصوا فأتى أراكم من
وراء ظهري وظاهر هذا ان الكلام منه كان بعد الفراغ من الإقامة مثل ما روى عن عمر انه كان اذا تمت
الإقامة واستوت الصفوف حينئذ يكبر وأما حديث بلال فانه روى أنه كان يقيم للنبي صلى الله عليه وسلم
فكان يقول له يا رسول الله لا تسبقني بأمين خرجه الطحاوي قالوا فهذا يدل على أن رسول الله صلى الله
عليه وسلم كان يكبر والإقامة لم تتم وأما اختلافهم في الفتح على الامام اذا ارتجح عليه فان مالكا والشافعي
وأكثر العلماء أجازوا الفتح عليه ومنع ذلك الكوفيون وسبب الخلاف في ذلك اختلاف الآثار وذلك
أنه روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ترد في آية فلما انصرف قال أين أبى ألم يكن في القوم أي يريد
الفتح عليه وروى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال لا يفتح على الامام والخلاف في ذلك في الصدر
الأول والمنع مشهور عن علي والجواز عن ابن عمر مشهور وأما موضع الامام فان قوما أجازوا أن يكون
أرفع من موضع المأممين وقوم منعوا ذلك وقوم استحبوا من ذلك اليسير وهو منهج مالك
وسبب الخلاف في ذلك حديثان متعارضان أحدهما الحديث الثابت أنه عليه الصلاة والسلام أم الناس
على المنبر ليعلمهم الصلاة وانه كان اذا أراد أن يسجد نزل من على المنبر والثاني ما رواه أبو داود ان حذيفة
أم الناس على دكان فأخذ ابن مسعود بقميصه فجذبه فلما فرغ من صلاته قال ألم تعلم انهم كانوا يهزون عن
ذلك أو ينهي عن ذلك وقد اختلفوا هل يجب على الامام أن ينوي الإمامة أم لا فذهب قوم الى أنه

ليس ذلك بواجب عليه لحديث ابن عباس أنه قام إلى جنب رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد دخوله في الصلاة ورأى قوم أن هذا محجل وأنه لا بد من ذلك إذا كان يحمل بعض أفعال الصلاة عن المؤمنين وهذا على مذهب من يرى أن الامام يحمل فرضاً وتفلاً عن المؤمنين

﴿ الفصل الثالث في مقام المؤمن من الامام وأحكام المؤمن الخاصة به وفي هذا الباب خمس مسائل ﴾
 (المسئلة الأولى) جمهور العلماء على أن سنة الواحد المنفرد أن يقوم عن يمين الامام لثبوت ذلك من حديث ابن عباس وغيره وانهم ان كانوا ثلاثة سوى الامام قاموا وراءه واختلفوا اذا كانا اثنين سوى الامام فذهب مالك والشافعي الى أنهما يقومان خلف الامام وقال أبو حنيفة وأصحابه والكوفيون بل يقوم الامام بينهما والسبب في اختلافهم أن في ذلك حديثين متعارضين أحدهما حديث جابر بن عبد الله قال قلت عن يسار رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخذ بيدي فأداني حتى أقامني عن يمينه ثم جاء جابر بن صخر فتوضأ ثم جاء فقام عن يسار رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخذ بأيدينا جميعاً فدفعنا حتى قنا خلفه والحديث الثاني حديث ابن مسعود أنه صلى بعلقة والأسود فقام وسطهما وأسندته إلى النبي صلى الله عليه وسلم قال أبو عمر واختلف رواية هذا الحديث فبعضهم وقفه وبعضهم أسنده والصحيح أنه موقوف وأما أن سنة المرأة أن تقف خلف الرجل أو الرجال ان كان هنالك رجل سوى الامام أو خلف الامام ان كانت وحدها فلا أعلم في ذلك خلافاً لثبوت ذلك من حديث أنس الذي أخرجه البخاري أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى به وبأمه وأخته قال فأقامني عن يمينه وأقام المرأة خلفنا والذي أخرجه عنه أيضاً مالك أنه قال فصفت أنا واليتيم وراءه وعليه الصلاة والسلام والهجوم من وراءنا وسنة الواحد عند الجمهور أن يقف عن يمين الامام لحديث ابن عباس حين بات عند مجونة وقال قوم بل عن يساره ولا خلاف في أن للمرأة الواحدة تصلي خلف الامام وانما ان كانت مع الرجل صلى الرجل الى جانب الامام والمرأة خلفه (المسئلة الثانية) أجمع العلماء على أن الصف الأول مرغّب فيه وكذلك تراص الصفوف وتسويتها لثبوت الأمر بذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم واختلفوا اذا صلى انسان خلف الصف وحده فالجمهور على أن صلته تجزئ وقال أحمد وأبو ثور وجاعة صلته فاسدة وسبب اختلافهم اختلافهم في تصحيح حديث وابصة ومخالفة العمل له وحديث وابصة هو أنه قال عليه الصلاة والسلام لا صلاة لتقام خلف الصف وكان الشافعي يرى أن هذا يعارضه قيام الهجوم وحدها خلف الصف في حديث أنس وكان أحمد يقول ليس في ذلك حجة لأن سنة النساء هي القيام خلف الرجال وكان أحمد كما قلنا يصحح حديث وابصة وقال غيره هو مضطرب الاسناد لا تقوم به حجة واحتج الجمهور بحديث أبي بكر أنه ركع دون الصف فلم يأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم بإعادة وقال له زدك الله حرصاً ولا تعد ولو جل هذا على الندب لم يكن تعارض أعني بين حديث وابصة وحديث أبي بكر (المسئلة الثالثة) اختلف الصبر الأول في الرجل يريد الصلاة فيسمع الإقامة هل يسرع المشي إلى المسجد أم لا مخافة أن يفوته جزء من الصلاة فروى عن عمر وابن عمر وابن مسعود أنهم كانوا يسرعون المشي اذا سمعوا الإقامة وروى عن زيد بن ثابت وأبي ذر وغيرهم من الصحابة أنهم كانوا لا يرون السعي بل ان تؤتى الصلاة بوقار وسكينة وهذا القول قال فقهاء الأمصار لحديث أبي هريرة الثابت اذا توب بالصلاة فلا تأتوها وأتم تسعون وأتوها

وعليكم السكينة ويشبه أن يكون سبب الخلاف في ذلك أنهم يبلغهم هذا الحديث أو رأوا أن الكتاب يعارضه لقوله تعالى (فاستبقوا الخيرات) وقوله (والسابقون السابقون أولئك المقربون) وقوله (سارعوا إلى مغفرة من ربكم) وبالجملة فأصول الشرع تشهد بالمبادرة إلى الخير لكن إذا صح الحديث وجب أن تستثنى الصلاة من بين سائر أعمال القرب (المسئلة الرابعة) متى يستحب أن يقام إلى الصلاة فبعض استحسّن البدء في أوّل الأقامة على الأصل في الترغيب في المسارعة وبعض عند قوله قد قامت الصلاة وبعضهم عند سحى على الفلاح وبعضهم قال حتى يروا الامام وبعضهم لم يحد في ذلك حدا كمالك رضي الله عنه فانه وكل ذلك إلى قدر طاقة الناس وليس في هذا شرع مسموع الا حديث أبي قتادة أنه قال عيه الصلاة والسلام اذا أقيمت الصلاة فلا تقوموا حتى تروى فان صح هذا وجب العمل به والا فالمسئلة باقية على أصلها المعفوعه أعني انه ليس فيها شرع وانه متى قام كل فحسن (المسئلة الخامسة) ذهب مالك وكثير من العلماء إلى أن الداخل وراء الامام اذا خاف فوات الركعة بان يرفع الامام رأسه منها ان تمادى حتى يصل إلى الصف الأول ان له أن يركع دون الصف الأول ثم يدبر كما ذكره ذلك الشافعي وفرق أبو حنيفة بين الجماعة والواحد فكرهه للواحد وأجازها للجماعة وما ذهب إليه مالك مروى عن زيد بن ثابت وابن مسعود وسبب اختلافهم واختلافهم في تصحيح حديث أبي بكرة وهو انه دخل المسجد ورسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي بالناس وهم ركوع فركع ثم سعى إلى الصف فلما انصرف رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من الساعى قال أبو بكرة أنا قال زادك الله حرصا ولا تعد

الفصل الرابع في معرفة ما يجب على المأموم أن يتبع عليه الامام

وأجمع العلماء على انه يجب على المأموم ان يتبع الامام في جميع أقواله وأفعاله الا في قوله سمع الله لمن حمده وفي جلوسه اذا صلى جالس السارض عند من أجاز امامة الجالس وأما اختلافهم في قوله سمع الله لمن حمده فان طائفة ذهبت إلى ان الامام يقول اذا فرغ رأسه من الركوع سمع الله لمن حمده فقط ويقول المأموم ر بناولك الحمد فقط ومن قال بهذا القول مالك وأبو حنيفة وغيرهما وذهبت طائفة أخرى إلى أن الامام والمأموم يقولان جميعا سمع الله لمن حمده ر بناولك الحمد وان المأموم يتبع فيهما معا الامام كسائر التكبير سواء وفسروى عن أبي حنيفة ان المنفرد والامام يقولانهما جميعا ولا خلاف في المنفرد أعني انه يقولهما جميعا وسبب الاختلاف في ذلك حديثان متعارضان أحدهما حديث أنس أن النبي عليه الصلاة والسلام قال انما جعل الامام ليؤتم به فاذا ركع فاركعوا واذا رفع فارفعوا واذا قال سمع الله لمن حمده فقولوا ر بناولك الحمد والحديث الثاني حديث ابن عمر انه صلى الله عليه وسلم كان اذا افتتح الصلاة رفع يديه حذو منكبيه واذا رفع رأسه من الركوع رفعهما كذلك أيضا وقال سمع الله لمن حمده ر بناولك الحمد فمن رجح مفهوم حديث أنس قال لا يقول المأموم سمع الله لمن حمده ولا الامام ر بناولك الحمد وهو من باب دليل الخطاب لأنه جعل حكم المسكوت عنه بخلاف حكم المنطوق به ومن رجح حديث ابن عمر قال يقول الامام ر بناولك الحمد ويجب على المأموم ان يتبع الامام في قوله سمع الله لمن حمده لمعوم قوله انما جعل الامام ليؤتم به ومن جمع بين الحديثين فرق في ذلك بين الامام والمأموم والحق في ذلك ان حديث أنس يقتضى بدليل الخطاب ان الامام لا يقول ر بناولك الحمد وان المأموم لا يقول سمع الله لمن حمده وحديث

ابن عمر يقتضى نصا ان الامام يقول ربنا ولك الحمد فلا يجب ان يترك النص بدليل الخطاب فان النص أقوى من دليل الخطاب وحديث أنس يقتضى بعمومه أن المأموم يقول سمع الله لمن حده بعموم قوله انما جعل الامام ليؤتم به وبدليل خطابه ان لا يقولها فوجب أن يرجح بين العموم ودليل الخطاب ولا خلاف أن العموم أقوى من دليل الخطاب لكن العموم يختلف أيضا في القوة والضعف ولذلك ليس بعيدا أن يكون بعض أدلة الخطاب أقوى من بعض أدلة العموم فالمسئلة لعمرى اجتهدية أعنى في المأموم (وأما المسئلة الثانية) وهي صلاة القائم خلف القاعد فان حاصل القول فيها أن العلماء اتفقوا على انه ليس للصحيح ان يصلي فرضا قاعدا اذا كان منفردا أو اماما لقوله تعالى (وقوموا لله قانتين) واختلفوا اذا كان المأموم جميعا فصلى خلف امام مريض يصلى قاعدا على ثلاثة أقوال أحدها ان المأموم يصلى خلفه قاعدا وعن قال بهذا القول أحمد واسحق والقول الثاني انهم يصلون خلفه قياما قال أبو عمر بن عبد البر وعلى هذا جماعة الفقهاء الأمصار الشافعى وأصحابه وأبو حنيفة وأصحابه وأهل الظاهر وأبو ثور وغيرهم وزاد هؤلاء فقالوا يصلون وراءه قياما وان كان لا يقوى على الركوع والسجود بل يرمي أيما يروى ابن القاسم انه لا يجوز امامة القاعد وانه ان صلاوا خلفه قياما أو قعودا بطلت صلاتهم وقدرى عن مالك انهم يعيدون الصلاة في الوقت وهذا انما ينبى على الكراهة لا على المنع والأول هو المشهور عنه وسبب الاختلاف تعارض الآثار في ذلك ومعارضة العمل للآثار أعنى عمل أهل المدينة عند مالك وذلك ان في ذلك حديثين متعارضين أحدهما حديث أنس وهو قوله عليه الصلاة والسلام واذا صلى قاعدا فاصلا قعودا وحديث عائشة في معناه وهو انه صلى الله عليه وسلم وهو شاك جالسا وصلى وراءه قوم قياما فأشار اليهم أن اجلسوا فلما انصرف قال انما جعل الامام ليؤتم به فاذا ركع فاركعوا واذا رفع فارفعوا واذا صلى جالسا فصاوا جلوسا والحديث الثاني حديث عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج في مرضه الذي توفي منه فأما المسجد فوجد أبا بكر وهو قائم يصلى بالناس فاستأخرا أبو بكر فأشار اليه رسول الله صلى الله عليه وسلم انك أنت تجلس رسول الله صلى الله عليه وسلم الى جنب أبي بكر فكان أبو بكر يصلى بصلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان الناس يصلون بصلاة أبي بكر فذهب الناس في هذين الحديثين منهيين مذهب النسخ ومذهب الترجيح فأما من ذهب مذهب النسخ فانهم قالوا ان ظاهر حديث عائشة وهو أن النبي عليه الصلاة والسلام كان يؤم الناس وان أبا بكر كان مسجعا لأنه لا يجوز أن يكون امامان في صلاة واحدة وان الناس كانوا قياما وأن النبي عليه الصلاة والسلام كان جالسا فوجب أن يكون هذا من فعله عليه الصلاة والسلام اذ كان آخر فعله ناسخا لقوله وفعله المتقدم وأما من ذهب مذهب الترجيح فانهم رجحوا حديث أنس بان قالوا ان هذا الحديث قاضى بطل الرواية عن عائشة فيه فممن كان الامام هل رسول الله صلى الله عليه وسلم أو أبو بكر وأما مالك فليس له مستند من السماع لأن كلا الحديثين اتفاقا على جواز امامة القاعد وانما اختلفا في قيام المأموم أو قعوده حتى انه لقد قال أبو محمد بن حزم انه ليس في حديث عائشة أن الناس صاوا لقيامه ولا قعودا وليس يجب ان يترك المنصوص عليه لشيء لم ينص عليه قال أبو عمر وقد ذكر أبو المصعب في مختصره عن مالك انه قال لا يؤم الناس أحد قاعدا فان أهمهم قاعدا فسدت صلاتهم وصلاته لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يؤم من أحد

يعدى قاعدا قال أبو عمر وهذا حديث لا يصح عند أهل العلم بالحديث لأنه يرويه جابر الجعفي مرسلا وليس بحجة فيما أسند فكيف فيما أرسل وقدرى ابن القاسم عن مالك أنه كان يحتج بما رواه ربيعة ابن أبي عبد الرحمن أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج وهو مريض فكان أبو بكر هو الامام وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي بصلاة أبي بكر وقال مامات بن حنبل يؤمه رجل من أمته وهذا ليس فيه حجة الا ان يتوهم انه اتم بأبي بكر لانه لا تجوز صلاة الامام القاعد وهذا ظن لا يجب ان يترك له النص مع ضعف هذا الحديث

﴿ الفصل الخامس في صفة الاتباع ﴾

وفيه مستلثان احدهما في وقت تكبيرة الاحرام للمأموم والثانية في حكم من رفع رأسه قبل الامام أما اختلافهم في وقت تكبير المأموم فان مالكا استحسن ان يكبر بعد فراغ الامام من تكبيرة الاحرام قال وان كبره أجزاء وقد قيل انه لا يجزئه وأما ان كبر قبله فلا يجزئه وقال أبو حنيفة وغيره يكبر مع تكبيرة الامام فان فرغ قبله لم يجزه وأما الشافعي فعنه في ذلك روايتان احدهما مثل قول مالك وهو الأشهر والثانية ان المأموم ان كبر قبل الامام أجزاء وبسبب الخلاف ان في ذلك حديثين متعارضين أحدهما قوله عليه الصلاة والسلام فاذا كبر فكبروا والثاني ما روى انه عليه الصلاة والسلام كبر في صلاة من الصلوات ثم أشار اليهم أن امكثوا فذهب ثم رجع وعلى رأسه أثر الماء فظاهر هذا أن تكبيره وقع بعد تكبيرهم لأنه لم يكن له تكبير ولا لمكان عدم الطهارة وهو أيضا مبني على أصله في أن صلاة المأموم غير مرتبطة بصلاة الامام والحديث ليس فيه ذكر هل استأ نفوا التكبير أو لم يستأ نفوه فليس ينبغي ان يجعل على أحدهما التوقيف والأصل هو الاتباع وذلك لا يكون الا بعد ان يتقدم الامام بأبالتكبير واما ما فتاحه وأما من رفع رأسه قبل الامام فان الجمهور يرون انه أساء ولكن صلاته جائزة وانه يجب عليه أن يرجع فيتبع الامام وذهب قوم الى أن صلاته تبطل للوعيد الذي جاء في ذلك وهو قوله عليه الصلاة والسلام أما يخاف الذي رفع رأسه قبل الامام أن يحول الله رأسه رأس جبار

﴿ الفصل السادس ﴾

واتفقوا على انه لا يحمل الامام عن المأموم شيئا من فرائض الصلاة ما عدا القراءة فانهم اختلفوا في ذلك على ثلاثة أقوال أحدها ان المأموم يقرأ مع الامام فيما أسرفه ولا يقرأ معه فيما جهر به والثاني انه لا يقرأ معه أصلا والثالث انه يقرأ فيما أسرأ الكتاب وغيرها وفيما جهر أم الكتاب فقط وبعضهم فرق في الجهر بين ان يسمع قراءة الامام أو لا يسمع فأوجب عليه القراءة اذا لم يسمع ونهاه عنها اذا سمع وبالأول قال مالك الا انه يستحسن له القراءة فيما أسرفه الامام وبالثاني قال أبو حنيفة وبالثالث قال الشافعي والشافعية بين ان يسمع أو لا يسمع هو قول أحمد بن حنبل والسبب في اختلافهم اختلاف الأحاديث في هذا الباب وبناء بعضها على بعض وذلك ان في ذلك أربعة أحاديث أحدها قوله عليه الصلاة والسلام لاصلاة الا بفتح الكتاب وما ورد من الأحاديث في هذا المعنى مما قد ذكرناه في باب وجوب القراءة والثاني ما روى مالك عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم انصرف من صلاة جهر فيها بالقراءة فقال هل قرأ منكم أحدا أنا فقال الرجل نعم أنا يا رسول الله فقال رسول الله أني أقول مالي أنأزع القرآن فأنهى الناس عن القراءة فيما جهر فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم والثالث حديث عبادة بن الصامت

قال صلى بنار رسول الله صلاة الغداة فنقلت عليه القراءة فلما انصرف قال انى لأراكم تقرؤن وراء الامام قلنا نعم قال فلا تفعلوا الا بأمر القرآن قال أبو عمر وحديث عباد بن الصامت هنا من رواية مكحول وغيره متصل السند صحيح والحديث الرابع حديث جابر عن النبي عليه الصلاة والسلام قال من كان له امام فقرأه له قراءة وفي هذا أيضا حديث خامس صحيحه أحمد بن حنبل وهو ما روى انه قال عليه الصلاة والسلام اذا قرأ الامام فانصتوا فاختلف الناس في وجه جمع هذه الأحاديث فمن الناس من استثنى من النهى عن القراءة فيما جهر فيه الامام قراءة أم القرآن فقط على حديث عباد بن الصامت ومنهم من استثنى من عموم قوله عليه الصلاة والسلام لاصلاة الا بفتح الكتاب المأموم فقط في صلاة الجهر لمكان النهى الوازد عن القراءة فيما جهر فيه الامام في حديث أبي هريرة وأ كذلك بظاهر قوله تعالى (واذا قرئ القرآن فاستمعوا له وأنصتوا لعلكم ترحون) قالوا وهذا إنما ورد في الصلاة ومنهم من استثنى القراءة الواجبة على المصلى المأموم فقط سرا كانت الصلاة أو جهر وجعل الوجوب الوارد في القراءة في حق الامام والمنفرد فقط مصريا الى حديث جابر وهو من ذهب إلى حنيفة فصار عنده حديث جابر مخصصا لقوله عليه الصلاة والسلام وأقرأ ما تيسر معك فقط لانه لا يرى وجوب قراءة أم القرآن في الصلاة وإنما يرى وجوب القراءة مطلقا على ما تقدم وحديث جابر لم يروه من فروع الاجاب الجعفي ولا جهة في شيء مما ينفرده قال أبو عمر وهو حديث لا يصح الامر فروع عن جابر

﴿ الفصل السابع ﴾

واتفقوا على انه اذا طرأ عليه الخبث في الصلاة قطع ان صلاة المأمومين ليست تفسد واختلفوا اذا صلى بهم وهو جنب وعلموا بذلك بعد الصلاة فقال قوم صلاتهم صحيحة وقال قوم صلاتهم فاسدة وفرق قوم بين ان يكون الامام عالما بجنابته أو ناسيا لها فقالوا ان كان عالما ففسدت صلاتهم وان كان ناسيا لم تفسد صلاتهم وبالأول قال الشافعي والثاني قال أبو حنيفة وبالثالث قال مالك وبسبب اختلافهم هل يحل انعقاد صلاة المأموم مرتبطة بصحة صلاة الامام أم ليست مرتبطة فمن لم يرها مرتبطة قال صلاتهم جائزة ومن رآها مرتبطة قال صلاتهم فاسدة ومن فرق بين السهو والعمد قصد الى ظاهر الأثر المتقدم وهو انه عليه الصلاة والسلام كبر في صلاة من الصلوات ثم أشار اليهم أن امكنوا فذهب ثم رجع وعلى جسمه أثر الماء فان ظاهر هذا انهم بنوا على صلاتهم والشافعي يرى انه لو كانت الصلاة مرتبطة للزم ان يبدؤا بالصلاة مرة ثانية

﴿ الباب الثالث من الجلة الثالثة ﴾

والكلام المحيط بقواعد هذا الباب منحصر في أربعة فصول الفصل الأول في وجوب الجمعة وعلى من تجب الثاني في شروط الجمعة الثالث في أركان الجمعة الرابع في أحكام الجمعة

﴿ الفصل الأول في وجوب الجمعة ومن تجب عليه ﴾

أما وجوب صلاة الجمعة على الأعيان فهو الذي عليه الجمهور لكونها بدلا من واجب وهو الظهور وظاهر قوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا اذا نودى للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا الى ذكر الله وذروا البيع) والأمر على الوجوب ولقوله عليه الصلاة والسلام ليتبين أقوام عن ودعهم الجمعات وأولى بحقن الله على قلوبهم وذهب قوم الى انها من فروض الكفايات وعن مالك رواية شاذة انها سنة والسبب في هذا الاختلاف تشبيهها بصلاة العيد لقوله عليه الصلاة والسلام ان هذا يوم جعله الله عيدا وأما على من تجب فعلى من

وجدت فيه شروط وجوب الصلاة المتقدمة ووجد فيه زائدا عليها أربعة شروط اثنان باتفاق واثنان مختلف فيهما أما المتفق عليهما فالذكورة والصحة فلا تجب على امرأة ولا على مريض باتفاق ولكن إن حضروا كانوا من أهل الجمعة وأما المختلف فيهما فهما المسافر والعبد فالجمهور على أنه لا تجب عليهما الجمعة وداود وأصحابه على أنه تجب عليهما الجمعة وسبب اختلافهم اختلافهم في صحة الأثر الوارد في ذلك وهو قوله عليه الصلاة والسلام الجمعة حق واجب على كل مسلم في جماعة إلا الأربعة عبد مملوك أو امرأة أو صبي أو مريض وفي أخرى الاختصة وفيه أو مسافر والحديث لم يصح عند أكثر العلماء

﴿ الفصل الثاني في شروط الجمعة ﴾

وأما شروط الجمعة فاتفقوا على أنها شروط الصلاة المفروضة بعينها أعني الثمانية المتقدمة ماعدا الوقت والأذان فانهم اختلفوا فيها وكذلك اختلفوا في شروطها المختصة بها أما الوقت فإن الجمهور على أن وقتها وقت الظهر بعينه أعني وقت الزوال وانها لا تجوز قبل الزوال وذهب قوم إلى أنه يجوز أن تصلى قبل الزوال وهو قول أحمد بن حنبل والسبب في هذا الاختلاف الاختلاف في مفهوم الآثار الواردة في تعجيل الجمعة مثل ما خرجه البخاري عن سهل بن سعد أنه قال ما كنا تغدي بعهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا نقبل إلا بعد الجمعة ومثل ما روى أنهم كانوا يصلون وينصرفون وما يجدون إظلال فنهم من هذه الآثار الصلاة قبل الزوال أجاز ذلك ومن لم يفهم منها إلا التكبير فقط لم يجز ذلك لثلاث تعارض الأصول في هذا الباب وذلك أنه قد ثبت من حديث أنس بن مالك أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يصلي الجمعة حين تميل الشمس وأيضا فانها لما كانت بدلا من الظهر وجب أن يكون وقتها وقت الظهر فوجب من طريق الجمع بين هذه الآثار أن تحمل تلك على التكبير أذليست نصا في الصلاة قبل الزوال وهو الذي عليه الجمهور وأما الأذان فإن جمهور الفقهاء اتفقوا على أن وقتها هو إذا جلس الإمام على المنبر واختلفوا هل يؤذن بين يدي الإمام مؤذنا واحدا فقط أو أكثر من واحد فذهب بعضهم إلى أنه انما يؤذن بين يدي الإمام مؤذنا واحدا فقط وهو الذي يحرم به البيع والشراء وقال آخرون بل يؤذن اثنان فقط وقال قوم بل انما يؤذن ثلاثة والسبب في اختلافهم اختلاف الآثار في ذلك وذلك أنه مروى البخاري عن السائب بن زيد أنه قال كان النداء يوم الجمعة إذا جلس الإمام على المنبر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وعمر فلما كان زمان عثمان وكثر الناس زاد النداء الثالث على الزوراء وروى أيضا عن السائب بن زيد أنه قال لم يكن يوم الجمعة لرسول الله صلى الله عليه وسلم إلا مؤذنا واحدا وروى أيضا عن سعيد بن المسيب أنه قال كان الأذان يوم الجمعة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وعمر أذنا واحدا حين يخرج الإمام فلما كان زمان عثمان وكثر الناس فزاد الأذان الأول لتهيأ الناس للجمعة وروى ابن حبيب أن المؤذنين كانوا يوم الجمعة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاثة فذهب قوم إلى ظاهر ما رواه البخاري وقالوا يؤذن يوم الجمعة مؤذنان وذهب آخرون إلى أن المؤذنين واحد فقالوا إن معنى قوله فلما كان زمان عثمان وكثر الناس زاد النداء الثالث أن النداء الثاني هو الإقامة وأخذ آخرون بما رواه ابن حبيب وأحاديث ابن حبيب عند أهل الحديث ضعيفة ولا سيما ما انفرد به وأما شروط الوجوب والصحة المختصة بيوم الجمعة فاتفق الكل على أن من شرطها الجماعة واختلفوا في مقدار الجماعة ففهم من قال واحد مع الإمام وهو الطبري

ومنه من قال اثنان سوى الامام ومنه من قال ثلاثة دون الامام وهو قول أبي حنيفة ومنه من اشترط أربعين وهو قول الشافعي وأحمد وقال قوم ثلاثين ومنه من لم يشترط عددا ولكن رأى انه يجوز بمادون الأربعين ولا يجوز بالثلاثة والأربعة وهو مذهب مالك وحدهم بانهم الذين يمكن أن تتقرب بهم قرية وسبب اختلافهم في هذا اختلافهم في أقل ما ينطلق عليه اسم الجمع هل ذلك ثلاثة أو أربعة أو اثنان وهل الامام داخل فيهم أم ليس بداخل فيهم وهل الجمع المشترط في هذه الصلاة هو أقل ما ينطلق عليه اسم الجمع أو ما ينطلق عليه اسم الجمع في غالب الأحوال وذلك هو أكثر من الثلاثة والأربعة فمن ذهب إلى ان الشرط في ذلك هو أقل ما ينطلق عليه اسم الجمع وكان عنده ان أقل ما ينطلق عليه اسم الجمع اثنان فان كان ممن يعد الامام في الجمع قال تقوم باثنين الامام وواحدان وان كان ممن لا يرى ان يعد الامام في الجمع قال تقوم باثنين سوى الامام ومن كان أيا عنده ان أقل الجمع ثلاثة فان كان لا يعد الامام في جلته قال بثلاثة سوى الامام وان كان ممن يعد الامام في جلته وافق قول من قال أقل الجمع اثنان ولم يعد الامام في جلته وأما من راعى ما ينطلق عليه في الأكثر والعرف المستعمل اسم الجمع قال لا تتعقد بالاثنتين ولا بالأربعة ولم يجد في ذلك حدا ولما كان من شرط الجمعة الاستيطان عنده حد هذا الجمع بالقدر من الناس الذين يمكنهم أن يسكنوا على حدة من الناس وهو مالك رحمه الله وأما من اشترط الأربعين فصيرا إلى ما روى ان هذا العدد كان في أول جمعة صليت بالناس فهذا هو أحد شروط صلاة الجمعة أعني شروط الوجوب وشروط الصحة فان من الشروط ما هي شروط وجوب فقط ومنها ما يجمع الأمرين جميعا أعني انها شروط وجوب وشروط صحة وأما الشرط الثاني وهو الاستيطان فان فقهاء الأمصار اتفقوا عليه لاتفاقهم على أن الجمعة لا تجب على مسافر وخالف في ذلك أهل الظاهر لا يجابهم الجمعة على المسافر واشترط أبو حنيفة المصر والسلطان مع هذا ولم يشترط العدد وسبب اختلافهم في هذا الباب هو الاحتمال المتطرق إلى الأحوال الاربعة التي اقترنت بهذه الصلاة عند فعلها إما على الله عليه وسلم هل هي شرط في صحتها ووجوبها أم ليست بشرط وذلك انه لم يصلها صلى الله عليه وسلم إلا في جماعة ومصر ومسجد جامع فمن رأى أن اقتران هذه الأشياء بصلاته مما يوجب كونها شرطا في صلاة الجمعة اشترطها ومن رأى بعضها دون بعض اشترط ذلك البعض دون غيره كاشتراط مالك المسجد وتركه اشتراط المصر والسلطان ومن هذا الموضع اختلفوا في مسائل كثيرة من هذا الباب مثل اختلافهم هل تقام جمعتان في مصر واحد أو لا تقام والسبب في اختلافهم في اشتراط الأحوال والأفعال المقترنة بها هو كون بعض تلك الأحوال أشد مناسبة لأفعال الصلاة من بعض ولذلك اتفقوا على اشتراط الجماعة اذ كان معلوما من الشرع انها حال من الأحوال الموجودة في الصلاة ولم ير مالك المصر ولا السلطان شرطا في ذلك لكونه غير مناسب لأحوال الصلاة ورأى المسجد شرطا لكونه أقرب مناسبة حتى لقد اختلف المتأخرون من أصحابه هل من شرط المسجد السقف أم لا وهل من شرطه ان تكون الجمعة راتبة فيه أم لا وهذا كله له تعمق في هذا الباب ودين الله يسر ولقاتل أن يقول ان هذه لو كانت شرطا في صحة الصلاة لما جاز أن يسكت عنها عليه الصلاة والسلام ولا ان يترك بيانها لقوله تعالى (لتيين للناس منازل اليهن) ولقوله تعالى (ولتيين لهم الأفعال) (ولتيين لهم الأفعال) والله المرشد للصواب

﴿ الفصل الثالث في الأركان ﴾

اتفق المسلمون على أنها خطبة وركعتان بعد الخطبة واختلفوا من ذلك في خمس مسائل هي قواعد هذا الباب (المسئلة الأولى) في الخطبة هل هي شرط في صحة الصلاة وركن من أركانها أم لا فذهب الجمهور الى انها شرط وركن وقال أقوام انها ليست بفرض وجهاً أو محاباً لك على انها فرض الا بان المجاشون وسبب اختلافهم هو هل الأصل المتقدم من احتمال كل ما اقترن بهذه الصلاة أن يكون من شروطها أو لا يكون فمن رأى ان الخطبة حال من الأحوال المختصة بهذه الصلاة وبخاصة اذا توهّم انها عوض من الركعتين اللتين نقصتا من هذه الصلاة قال انها ركن من أركان هذه الصلاة وشرط في صحتها ومن رأى ان المقصود منها هو الموعظة المقصودة من سائر الخطب رأى انها ليست شرطاً من شروط الصلاة وانما وقع الخلاف في هذه الخطبة هل هي فرض أم لا لكونها رتبة من سائر الخطب وقد احتج قوم لوجوبها بقوله تعالى (فاسمعوا الى ذكر الله) وقالوا هو الخطبة (المسئلة الثانية) واختلف الذين قالوا بوجوبها في القدر الجزئ منها فقال ابن القاسم هو أقل ما ينطلق اسم خطبة في كلام العرب من الكلام المؤلف المبتدأ بحمد الله وقال الشافعي أقل ما يجزئ من ذلك خطبتان اثنتان يكون في كل واحدة منهما قائماً يفصل احدهما من الأخرى بحسبة خفيفة بحمد الله في كل واحدة منهما في أولها ويصلى على النبي ويوصى بتقوى الله ويقرأ شيئاً من القرآن في الأولى ويدعو في الآخرة والسبب في اختلافهم هو هل يجزئ من ذلك أقل ما ينطلق عليه الاسم اللغوي أو الاسم الشرعي فمن رأى أن الجزئ أقل ما ينطلق عليه الاسم اللغوي لم يشترط فيها شيئاً من الأقوال التي نقلت عنه صلى الله عليه وسلم فيها ومن رأى أن الجزئ من ذلك أقل ما ينطلق عليه الاسم الشرعي اشترط فيها أصول الأقوال التي نقلت من خطبه صلى الله عليه وسلم أعني الأقوال الراتبة الغير مبتثلة والسبب في هذا الاختلاف أن الخطبة التي نقلت عنه فيها أقوال راتبة وغير راتبة فمن اعتبر الأقوال الغير راتبة وغلب حكمها قال يكفي من ذلك أقل ما ينطلق عليه الاسم اللغوي أعني اسم خطبة عند العرب ومن اعتبر الأقوال الراتبة وغلب حكمها قال لا يجزئ من ذلك الأقل ما ينطلق عليه اسم الخطبة في عرف الشرع واستعماله وليس من شرط الخطبة عند مالك الجلوس وهو شرط كما قلنا عند الشافعي وذلك أنه من اعتبر المعنى المعقول منه من كونه استراحة للخطيب لم يجعله شرطاً ومن جعل ذلك عبادة جعله شرطاً (المسئلة الثالثة) اختلفوا في الانصات يوم الجمعة والامام يخطب على ثلاثة أقوال فمنهم من رأى أن الانصات واجب على كل حال وانه حكم لازم من أحكام الخطبة وهم الجمهور مالك والشافعي وأبو حنيفة وأحمد بن حنبل وجميع فقهاء الأمصار وهؤلاء انقسموا ثلاثة أقسام فبعضهم أجاز التسميت ورد السلام في وقت الخطبة وبه قال الثوري والأوزاعي وغيرهم وبعضهم لم يجز رد السلام ولا التسميت وبعض فرق بين السلام والتسميت فقالوا يرد السلام ولا يسمت والقول الثاني مقابل القول الأول وهو أن الكلام في حال الخطبة جائز الا في حين قراءة القرآن فيها وهو مروى عن الشعبي وسعيد بن جبير وإبراهيم النخعي والقول الثالث الفرق بين أن يسمع الخطبة أو لا يسمعها فإن سمعها أنصت وإن لم يسمع جاز له أن يسبح أو يتكلم في مسألة من العلم وبه قال أحمد وعطاء وجاعة والجمهور على أنه ان تكلم لم تنفس صلواته وزوى عن ابن وهب أنه قال من لغا فصلاته ظهر

أربع وأنما صار الجمهور لوجوب الانصات لحديث أبي هريرة أن النبي عليه الصلاة والسلام قال إذا قلت لصاحبك أنصت يوم الجمعة والامام يخطب فقد لغوت وأما من لم يوجه فلا أعلم لهم شبهة إلا أن يكونوا يرون أن هذا الأمر قنعا رضاء دليل الخطاب في قوله تعالى (وإذا قرئ القرآن فاستمعوا له وأنصتوا لعلكم ترحون) أى أن ماعدا القرآن فليس يجب له الانصات وهذا فيه ضعف والله أعلم والاشبه أن يكون هذا الحديث لم يصلهم وأما اختلافهم في رد السلام وتسميت العاطس فالسبب فيه تعارض عموم الأمر بذلك لعموم الأمر بالانصات واحتمال أن يكون كل واحد منهما مستثنى من صاحبه فمن استثنى من عموم الأمر بالصمت يوم الجمعة الأمر بالسلام والتسميت أجازهما ومن استثنى من عموم الأمر برد السلام والتسميت الأمر بالصمت في حين الخطبة لم يجز ذلك ومن فرق فانه استثنى رد السلام من النهى عن التكلم في الخطبة واستثنى من عموم الأمر بالتسميت وقت الخطبة وأنما ذهب واحد واحد من هؤلاء الى واحد واحد من هذه المستثنيات لما غلب على ظنه من قوة العموم في أحدها وضعفه في الآخر وذلك ان الأمر بالصمت هو عام في الكلام خاص في الوقت والأمر برد السلام والتسميت هو عام في الوقت خاص في الكلام فمن استثنى الزمان الخاص من الكلام العام لم يجز رد السلام ولا التسميت في وقت الخطبة ومن استثنى الكلام الخاص من النهى عن الكلام العام أجاز ذلك والصواب الايصار لاستثناء أحد العمومين بأحد الخصوصين الابدليل فان عسر ذلك فبالنظر في ترجيح العمومات والخصوصات وترجيح تأكيد الأوامر بها والقول في تفصيل ذلك يطول ولكن معرفة ذلك بإيجاز أنه ان كانت الأوامر قوتها واحدة والعمومات والخصوصات قوتها واحدة ولم يكن هنالك دليل على أى يستثنى من أى وقع التمايز ضرورة وهذا يقل وجوده وان لم يكن فوجه الترجيح في العمومات والخصوصات الواقعة في أمثال هذه المواضع هو النظر الى جميع أقسام النسب الواقعة بين الخصوصين والعمومين وهى أربع عمومان في مرتبة واحدة من القوة وخصوصان في مرتبة واحدة من القوة فهذا لا يصار لاستثناء أحدهما الابدليل الثانى مقابل هذا وهو خصوص في نهاية القوة وعموم في نهاية الضعف فهذا يجب أن يصار اليه ولا بد أعنى أن يستثنى من العموم الخصوص الثالث خصوصان في مرتبة واحدة وأحد العمومين أضعف من الثانى فهذا ينبغي أن يخص فيه العموم الضعيف الرابع عمومان في مرتبة واحدة وأحد الخصوصين أقوى من الثانى فهذا يجب أن يكون الحكم فيه للخصوص القوى وهذا كله اذا تساوت الأوامر فيها في مفهوم التأكيد فان اختلفت حدثت من ذلك تراكيب مختلفة ووجبت المقايسة أيضا بين قوة الألفاظ وقوة الأوامر ولعسر انضباط هذه الأشياء قيل ان كل مجتهد مصيب وأقل ذلك غير ما تؤم (المسئلة الرابعة) اختلفوا في يوم الجمعة والامام على المنبر هل يركع أم لا فذهب بعض الى أنه لا يركع وهو مذهب مالك وذهب بعضهم الى أنه يركع والسبب في اختلافهم معارضة القياس لعموم الأثر وذلك ان عموم قوله عليه الصلاة والسلام اذا جاء أحدكم المسجد فليركع ركعتين يوجب أن يركع الداخل في المسجد يوم الجمعة وان كان الامام يخطب والأمر بالانصات الى الخطيب يوجب دليله ألا يشتغل بشئ عما يشغل عن الانصات وان كان عبادة ويؤيد عموم هذا الأثر ما ثبت من قوله عليه الصلاة والسلام اذا جاء أحدكم المسجد والامام يخطب فليركع ركعتين خفيفتين أخرجه مسلم في بعض

روايته وأكثر رواياته أن النبي عليه الصلاة والسلام أمر الرجل الداخل أن يركع ولم يقل إذا جاء أحدكم الحديث فينطلق إلى هذا الخلاف في هل تقبل زيادة الراوي الواحد إذا خالفه أصحابه عن الشيخ الأول الذي اجتمعوا في الرواية عنه أم لا فان محبت الزيادة وجب العمل بها فانها نص في موضع الخلاف والنص لا يجب أن يعارض بالقياس لكن يشبه أن يكون الذي راعاه مالك في هذا هو العمل (المسألة الخامسة) أكثر الفقهاء على أن من سنة القراءة في صلاة الجمعة قراءة سورة الجمعة في الركعة الأولى لما تكرر ذلك من فعله عليه الصلاة والسلام وذلك أنه خرج مسلم عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يقرأ في الركعة الأولى بالجمعة وفي الثانية إذا جاءك المنافقون وروى مالك أن الضحاك بن قيس سأل النعمان بن بشير ماذا كان يقرأ به رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الجمعة على أثر سورة الجمعة قال كان يقرأ بهل أتاك حديث الغاشية واستحب مالك العمل على هذا الحديث وإن قرأ عنده بسبح اسم ربك الأعلى كان حسناً لأنه مروى عن عمر بن عبد العزيز وأما أبو حنيفة فلم يقف فيها شيئاً والسبب في اختلافهم معارضة حال الفعل للقياس وذلك أن القياس يوجب ألا يكون لها سورة راتبة كالحال في سائر الصلوات ودليل الفعل يقتضي أن يكون لها سورة راتبة (وقال القاضي) خرج مسلم عن النعمان بن بشير أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يقرأ في العيدين وفي الجمعة بسبح اسم ربك الأعلى وهل أتاك حديث الغاشية قال فإذا اجتمع العيد والجمعة في يوم واحد قرأ بهما في الصلاتين وهذا يدل على أنه ليس هنالك سورة راتبة وإن الجمعة ليس كان يقرأ بهاداً

الفصل الرابع في أحكام الجمعة

وفي هذا الباب أربع مسائل الأولى في حكم طهر الجمعة الثانية على من تجب عن خارج المصر الثالثة في وقت الرواح المرغوب فيه إلى الجمعة الرابعة في جواز البيع يوم الجمعة بعد النداء (المسألة الأولى) اختلفوا في طهر الجمعة فذهب الجمهور إلى أنه سنة وذهب أهل الظاهر إلى أنه فرض ولا خلاف فيما أعلم أنه ليس شرطاً في صحة الصلاة والسبب في اختلافهم تعارض الآثار وذلك أن في هذا الباب حديثاً أبي سعيد الخدري وهو قوله عليه الصلاة والسلام طهر يوم الجمعة واجب على كل محتلم كطهر الجنابة وفيه حديث عائشة قالت كان الناس عمال أنفسهم فيروحون إلى الجمعة بهيئتهم فقيل لو اغتسلتم والأول صحيح باتفاق والثاني خرج أبو داود ومسلم وظاهر حديث أبي سعيد يقتضي وجوب الغسل وظاهر حديث عائشة أن ذلك كان لموضع النظافة وأنه ليس بعبادة وقد روى من توضع يوم الجمعة فيها ونعمت ومن اغتسل فالغسل أفضل وهو نص في سقوط فرضيته إلا أنه حديث ضعيف وأما وجوب الجمعة على من هو خارج المصر فإن قوماً قالوا لا يجب على من خارج المصر وقوم قالوا بل يجب وهو لا اختلاف كثيراً فمنهم من قال من كان بينه وبين الجمعة مسيرة يوم وجب عليه الاتيان إليها وهو شاذ ومنهم من قال يجب عليه الاتيان إليها على ثلاثة أميال ومنهم من قال يجب عليه الاتيان من حيث يسمع النداء في الأغلب وذلك من ثلاثة أميال من موضع النداء وهذا القولان عن مالك وهذه المسئلة ثبتت في شروط الوجوب وسبب اختلافهم في هذا الباب اختلاف الآثار وذلك أنه ورد أن الناس كانوا يأتون الجمعة من العوالي في زمان النبي صلى الله عليه وسلم وذلك ثلاثة أميال من المدينة وروى أبو داود أن النبي

عليه الصلاة والسلام قال الجمعة على من سمع النداء وروى الجمعة على من آواه الليل الى أهله وهو أثر ضعيف وأما اختلافهم في الساعات التي وردت في فضل الرواح وهو قوله عليه الصلاة والسلام من راح في الساعة الاولى فكأنما قرب بدنة ومن راح في الساعة الثانية فكأنما قرب بقرة ومن راح في الساعة الثالثة فكأنما قرب كبشا ومن راح في الساعة الرابعة فكأنما قرب دجاجة ومن راح في الساعة الخامسة فكأنما قرب بيضة فان الشافعي وجاعة من العلماء اعتقدوا أن هذه الساعات هي ساعات النهار فندبوا الى الرواح من أول النهار وذهب مالك الى انها أجزاء ساعة واحدة قبل الزوال وبعده وقال قوم هي أجزاء ساعة قبل الزوال وهو الأظهر لجواب السعي بعد الزوال الاعلى مذهب من يرى ان الواجب يدخله الفضيلة وأما اختلافهم في البيع والشراء وقت النداء فان قوما قالوا يفسخ البيع اذا وقع وقت النداء وقوما قالوا لا يفسخ وسبب اختلافهم هل النهي عن الشيء الذي أصله مباح اذا تقيد النهي بصفة يعود بفساد المنهي عنه أم لا وأدب الجمعة ثلاث الطيب والسواك واللباس الحسن ولا خلاف فيه لورود الآثار بذلك

﴿ الباب الرابع في صلاة السفر ﴾

(وهذا الباب فيه فصلان الفصل الأول في القصر الفصل الثاني في الجمع)

﴿ الفصل الأول في القصر ﴾

والسفر له تأثير في القصر باتفاق وفي الجمع باختلاف أما القصر فانه اتفق العلماء على جواز قصر الصلاة للمسافر الا قول شاذ وهو قول عائشة وهو أن القصر لا يجوز الا يخاف لقوله تعالى ان خفتم أن يفتنكم الذين كفروا وقالوا ان النبي عليه الصلاة والسلام انما قصر لأنه كان خائفا واختلفوا من ذلك في خمسة مواضع أحدها في حكم القصر والثاني في المسافة التي يجب فيها القصر والثالث في السفر التي يجب فيه القصر والرابع في الموضع الذي يبدأ منه المسافر بالتقصير والخامس في مقدار الزمان الذي يجوز للمسافر فيه اذا أقام في موضع أن يقصر الصلاة فأما حكم القصر فانهم اختلفوا فيه على أربعة أقوال فمنهم من رأى أن القصر هو فرض المسافر المتعين عليه ومنهم من رأى أن القصر والاتمام كلاهما فرض بخبره كالتخياري واجب الكفارة ومنهم من رأى أن القصر سنة ومنهم من رأى أنه رخصة وان الاتمام أفضل وبالقول الأول قال أبو حنيفة وأصحابه والكوفيون بأسرهم أعنى انه فرض متعين وبالثاني قال بعض أصحاب الشافعي وبالثالث أعنى انه سنة قال مالك في أشهر الروايات عنه وبالرابع أعنى أنه رخصة قال الشافعي في أشهر الروايات عنه وهو المتصور عند أصحابه والسبب في اختلافهم معارضة المعنى المعقول لصيغة اللفظ المنقول ومعارضة دليل الفعل أيضا للمعنى المعقول ولصيغة اللفظ المنقول وذلك ان المفهوم من قصر الصلاة للمسافر انما هو الرخصة لموضع المشقة كما رخص له في الفطر وفي أشياء كثيرة ويؤيد هذا حديث يعلى بن أمية قال قلت لعمر انما قال الله (ان خفتم أن يفتنكم الذين كفروا) يريد في قصر الصلاة في السفر فقال عمر عجبت بما عجبت منه فساألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عما سألتني عنه فقال صدقة تصدق الله بها عليكم فاقبلوا صدقته ففهوم هذا الرخصة وحديث

أبى قلابه عن رجل من بني عامر أنه أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال له النبي ان الله وضع عن المشافر الصوم وشطر الصلاة وهما في الصحيح وهذا كله يدل على التخفيف والرخسة ورفع الحرج لان القصر هو الواجب ولا أنه سنة وأما الأثر الذي يعارض بصيغته المعنى المعقول ومفهوم هذه الآثار حديث عائشة الثابت باتفاق قالت فرضت الصلاة ركعتين ركعتين فأقرت صلاة السفر وزيد في صلاة الحضر وأما دليل الفعل الذي يعارض المعنى المعقول ومفهوم الأثر المنقول فإنه ما نقل عنه عليه الصلاة والسلام من قصر الصلاة في كل أسفاره وأنه لم يصح عنه عليه الصلاة والسلام أنه أم الصلاة قط فمن ذهب الى أنه سنة أو واجب مخير فأنما حمله على ذلك أنه لم يصح عنه أن النبي عليه الصلاة والسلام أم الصلاة وما هذا شأنه فقد يجب أن يكون أحد الوجهين أعني إما واجبا مخيرا وإما أن يكون سنة وإما أن يكون فرضا معيناً لكن كونه فرضا معيناً يعارضه المعنى المعقول وكونه رخصة يعارضه اللفظ المنقول فوجب أن يكون واجبا مخيرا أو سنة وكان هذا نوعاً من طريق الجمع وقد اعتلوا حديث عائشة بالمشهور عنها من أنها كانت تتم وروى عطاء عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يتم الصلاة في السفر ويقصر ويصوم ويفطر ويؤخر الظهر ويجعل العصر ويؤخر المغرب ويجعل العشاء وما يعارضه أيضاً حديث أنس وأبى نجيح المكي قال اصطحب أصحاب محمد صلى الله عليه وسلم فكان بعضهم يتم وبعضهم يقصر وبعضهم يصوم وبعضهم يفطر فلا يعيب هؤلاء على هؤلاء ولا هؤلاء على هؤلاء ولم يختلف في إتمام الصلاة عن عثمان وعائشة فهذه هو اختلافهم في الموضع الأول وأما اختلافهم في الموضع الثاني وهي المسافة التي يجوز فيها القصر فإن العلماء اختلفوا في ذلك أيضاً اختلافاً كثيراً فذهب مالك والشافعي وأحمد وجماعة كثيرة الى أن الصلاة تقصر في أربعة برد وذلك مسيرة يوم بالسير الوسط وقال أبو حنيفة وأصحابه والكوفيون أقل ما تقصر فيه الصلاة ثلاثة أيام وإن القصر إنما هو لمن صار من أفق الى أفق وقال أهل الظاهر القصر في كل سفر قريباً كان أو بعيداً والسبب في اختلافهم معارضة المعنى المعقول من ذلك اللفظ وذلك أن المعقول من تأخير السفر في القصر أنه لمكان المشقة الموجودة فيه مثل تأثيره في الصوم وإذا كان الأمر على ذلك فيجب القصر حيث المشقة وأما من لا يراعى في ذلك إلا اللفظ فقط فقالوا فد قال النبي عليه الصلاة والسلام ان الله وضع عن المسافر الصوم وشطر الصلاة فبكل من انطلق عليه اسم مسافر جازله القصر والفطر وأيدوا ذلك بما رواه مسلم عن عمر بن الخطاب أن النبي عليه الصلاة والسلام كان يقصر في نحو السبعة عشر ميلاً وذهب قوم الى خامس كما قلنا وهو ان القصر لا يجوز الا للخائف لقوله تعالى (ان خفتم أن يفتنكم الذين كفروا) وقد قيل انه منذهب عائشة وقالوا ان النبي إنما قصر لأنه كان خائفاً وأما اختلاف أولئك الذين اعتبروا المشقة فسيببه اختلاف الصحابة في ذلك وذلك ان منذهب الأربعة برد مروى عن ابن عمر وابن عباس ورواه مالك ومنذهب الثلاثة أيام مروى أيضاً عن ابن مسعود وعثمان وغيرهما وأما الموضع الثالث وهو اختلافهم في نوع السفر الذي تقصر فيه الصلاة فرأى بعضهم ان ذلك مقصور على السفر المتقرب به كالحج والعمرة والجهاد وعن قال بهذا القول أحمد ومنهم من أجازه في السفر المباح دون سفر المعصية وهذا القول قال مالك والشافعي ومنهم من أجازه في كل سفر قريبة كان أو مباعدة أو معصية وبه قال أبو حنيفة وأصحابه والثوري وأبو ثور والسبب في اختلافهم

معارضة المعنى المعقول وظاهر اللفظ لدليل الفعل وذلك ان من اعتبر المشقة وظاهر لفظ السفر لم يفرق بين سفر وسفر وأما من اعتبر دليل الفعل قال انه لا يجوز الا في السفر المتقرب به لأن النبي عليه الصلاة والسلام لم يقصر قط الا في سفر متقرب به وأما من فرق بين المباح والمعصية فعلى جهة التغليب والأصل فيه هل تجوز الرخص العصاة أم لا وهذه مسئلة عارض فيها اللفظ المعنى فاختلف الناس فيها لذلك وأما الموضوع الرابع وهو اختلافهم في الموضوع الذى يبدأ المسافر بقصر الصلاة فان مالكا قال في المودأ لا يقصر الصلاة الذى يريد السفر حتى يخرج من بيوت القرية ولا يتم حتى يدخل أول بيوتها وقسروى عنه انه لا يقصر اذا كانت قرية جامعة حتى يكون منها بنحو ثلاثة أميال وذلك عنده أقصى ما يجب فيه الجمعة على من كان خارج المصر في إحدى الروايتين عنه وبالقول الأول قال الجمهور والسبب في هذا الاختلاف معارضة مفهوم الاسم لدليل الفعل وذلك انه اذا شرع في السفر فقد انطلق عليه اسم مسافر فمن راعى مفهوم الاسم قال اذا خرج من بيوت القرية قصر ومن راعى دليل الفعل أعنى فعله عليه الصلاة والسلام قال لا يقصر الا اذا خرج من بيوت القرية بثلاثة أميال لم يصح من حديث أنس قال كان النبي صلى الله عليه وسلم اذا خرج مسيرة ثلاثة أميال أو ثلاثة فراسخ شعبة الشاك صلى ركعتين وأما اختلافهم في الزمان الذى يجوز للمسافر اذا أقام فيه في بلد أن يقصر فاختلاف كثير حكى فيه أبو عمر نحو من أحد عشر قولا الآن الأشهر منها هو ما عليه فقهاء الأمصار ولم في ذلك ثلاثة أقوال أحدها منهج مالك والشافعى انه اذا أزمع المسافر على إقامة أربعة أيام أم والثاني مذهب أبي حنيفة وسفيان الثوري انه اذا أزمع على إقامة خمسة عشر يوما أم والثالث مذهب أحمد وداود انه اذا أزمع على أكثر من أربعة أيام أم وسبب الخلاف انه أمر مسكوت عنه في الشرع والقياس على التحديد ضعيف عند الجميع ولذلك رآهم هؤلاء كلهم أن يستدلوا لمنهجم من الأحوال التى نقلت عنه عليه الصلاة والسلام انه أقام فيها مقصرا وأنه جعل لها حكم المسافر فالفرق الأول احتجوا لمنهجم بما روى أنه عليه الصلاة والسلام أقام بمكة ثلاثا يقصر في عمرته وهذا ليس فيه حجة على انه النهاية للتقصير وإنما فيه حجة على انه يقصر في الثلاثة فادونها والفريق الثاني احتجوا لمنهجم بما روى انه أقام بمكة عام الفتح مقصرا وذلك نحو من خمسة عشر يوما في بعض الروايات وقسروى سبعة عشر يوما وثمانية عشر يوما وتسعة عشر يوما رواه البخارى عن ابن عباس وبكل قال فريق والفريق الثالث احتجوا بمقامه في حجة بمكة مقصرا أربعة أيام وقد احتج المالكية لمنهجم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل للمهاجر مقام ثلاثة أيام بمكة بعد قضاء نسكه فدل هذا عندهم على أن إقامة ثلاثة أيام ليست تسلب عن المقيم فيها اسم السفر وهى النكتة التى ذهب الجميع اليها وراموا استنباطها من فعله عليه الصلاة والسلام أعنى متى يرتفع عنه بقصد الإقامة اسم السفر ولذلك اتفقوا على انه ان كانت الإقامة مدة لا يرتفع فيها عن اسم السفر بحسب رأى واحد منهم في تلك المدة وعاقه عائق عن السفر انه يقصر أبدا وان أقام ما شاء الله ومن راعى الزمان الاقل من مقامه تأول مقامه في الزمان الأكثر مما ادعاه خصمه على هذه الجهة فقالت المالكية مثلا ان خمسة عشر يوما التى أقامها عليه الصلاة والسلام عام الفتح انما أقامها وهو أبدا بنوى انه لا يقيم أربعة أيام وهذا بعينه يلزمهم في الزمان الذى حدوه والاشبه بالمجتهد في هذا أن يسلك أحد

أمرين إيمان يجعل الحكم لأكثر الزمان الذي يروى عنه عليه الصلاة والسلام أنه أقام فيه مقصرا ويجعل ذلك حدا من جهة ان الأصل هو الاتمام فوجب ألا يزداد على هذا الزمان الإبدليل أو يقول ان الأصل في هذا هو أقل الزمان الذي وقع عليه الاجماع وماورد من أنه عليه الصلاة والسلام أقام مقصرا أكثر من ذلك الزمان فيحتمل أن يكون أقامه لأنه جائز للمسافر ومحتمل أن يكون أقامه بنية الزمان الذي تجوز أقامته فيه مقصرا باتفاق ففرض له ان أقام أكثر من ذلك وإذا كان الاحتمال وجب التمسك بالأصل وأقل ما قيل في ذلك يوم وليلة وهو قول ربيعة بن أبي عبد الرحمن وروى عن الحسن البصري ان المسافر يقصر أبدا الآن يقدم مصر من الأمصار وهذا بناء على ان اسم السفر واقع عليه حتى يقدم مصر من الأمصار فهذه أمهات المسائل التي تتعلق بالقصر

﴿ الفصل الثاني في الجمع ﴾

وأما الجمع فإنه يتعلق به مسائل ثلاثة أحدها جوازه والثانية في صفة الجمع والثالثة في مبيحات الجمع أما جوازه فاتفقوا على ان الجمع بين الظهر والعصر في وقت الظهر بعرفة سنة وبين المغرب والعشاء بالمدلة أيضا في وقت العشاء سنة أيضا واختلفوا في الجمع في غير هذين المكانين فأجازوه الجمهور على اختلاف بينهم في المواضع التي يجوز فيها من التي لا يجوز ومنعه أبو حنيفة وأصحابه بإطلاق وسبب اختلافهم أولا اختلافهم في تأويل الآثار التي رويت في الجمع والاستدلال بها على جواز الجمع لأنها كلها أفعال وليست أقوالا والأفعال تنطرق الاحتمال إليها كثيرا أكثر من تطرقه الى اللفظ وثانيا اختلافهم أيضا في تصحيح بعضها وثالثا اختلافهم أيضا في اجازة القياس في ذلك فهي ثلاثة أسباب كما ترى أما الآثار التي اختلفوا في تأويلها فمنها حديث أنس الثابت باتفاق أخرجه البخاري ومسلم قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا ارتحل قبل أن تزيغ الشمس أخر الظهر الى وقت العصر ثم نزل فجمع بينهما فان زاعت الشمس قبل أن يرتحل صلى الظهر ثمركب ومنها حديث ابن عمر أخرجه الشيخان أيضا قال رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا عجل به السير في السفر يؤخر المغرب حتى يجمع بينها وبين العشاء والحديث الثالث حديث ابن عباس أخرجه مالك ومسلم قال صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم الظهر والعصر جميعا والمغرب والعشاء جميعا في غير خوف ولا سفر فذهب القائلون بجواز الجمع في تأويل هذه الأحاديث الى انه أخر الظهر الى وقت العصر المختص بها وجع بينهما وذهب الكوفيون الى أنه إنما وقع صلاة الظهر في آخر وقتها وصلاة العصر في أول وقتها على ما جاء في حديث امامة جبريل قالوا وعلى هذا يصح حل حديث ابن عباس لأنه قد انعقد الاجماع أنه لا يجوز هذا في الحضر لغير عذر أعني أن تصلي الصلاتين معا في وقت احدهما واحتجوا لتأويلهم أيضا بحديث ابن مسعود قال والذى لا اله غيره ما صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاة قط الا في وقتها الا صلاتين جمع بين الظهر والعصر بعرفة وبين المغرب والعشاء بجمع قالوا أيضا فهذه الآثار محتملة أن تكون على ما تأويلناه نحن أو تأويلهم أو أنهم وقد صح توقيت الصلاة وتبينها في الأوقات فلا يجوز أن تنتقل عن أصل ثابت بأمر محتمل وأما الآثار التي اختلفوا في تصحيحه فمرواه مالك من حديث معاذ بن جبل انهم خرجوا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام تبوك فكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يجمع بين الظهر والعصر والمغرب والعشاء

قال فأخر الصلاة يوما ثم خرج فصلي الظهر والعصر جميعا ثم دخل ثم خرج فصلي المغرب والعشاء جميعا وهذا الحديث لو صح لكان أظهر من تلك الأحاديث في إجازة الجمع لأن ظاهره أنه قدم العشاء إلى وقت المغرب وإن كان لهم أن يقولوا أنه أخر المغرب إلى آخر وقتها وصلى العشاء في أول وقتها لأنه ليس في الحديث أمر مقطوع به على ذلك بل لفظ الراوى محتمل وأما اختلافهم في إجازة القياس في ذلك فهو أن يلحق سائر الصلوات في السفر بصلاة عرفة والمزدلفة أعني أن يجاز الجمع قياسا على تلك فيقال مثلا صلاة وجبت في سفر لحاز أن يجمع أصله جمع الناس بعرفة والمزدلفة وهو من ذهب سالم بن عبد الله أعني جواز هذا القياس لكن القياس في العبادات يضعف فهذه هي أسباب الخلاف الواقع في جواز الجمع (وأما المسئلة الثانية) وهي صورة الجمع فاختلف فيه أيضا القائلون بالجمع أعني في السفر فذهب منهم من رأى أن الاختيار أن تؤخر الصلاة الأولى وتصلى مع الثانية وإن جمعتا في أول وقت الأولى جاز وهي إحدى الروايتين عن مالك ومنهم من سوى بين الأمرين أعني أن يقدم الآخرة إلى وقت الأولى أو يعكس الأمر وهو من ذهب الشافعي وهي رواية أهل المدينة عن مالك والأولى رواية ابن القاسم عنه وإنما كان الاختيار عندما كان هذا النوع من الجمع لأنه الثابت من حديث أنس ومن سوى بينهما فصورا إلى أنه لا يرجح بالعدالة أعني أنه لا تفضل عدالة عدالة في وجوب العمل بها ومعنى هذا أنه إذا صح حديث معاذ وجب العمل به كما وجب بحديث أنس إذا كان رواية الحديثين عدولا وإن كان رواية أحد الحديثين أعدل (وأما المسئلة الثالثة) وهي الأسباب المبيحة للجمع فاتفق القائلون بجواز الجمع على أن السفر منها واختلقوا في الجمع في الحضر وفي شروط السفر المبيحة له وذلك أن السفر منهم من جعله سببا مبيحا للجمع أي سفر كان وبأي صفة كان ومنهم من اشترط فيه ضربا من السير ونوعا من أنواع السفر فأما الذي اشترط فيه ضربا من السير فهو مالك في رواية ابن القاسم عنه وذلك أنه قال لا يجمع المسافر إلا أن يجده السير ومنهم من لم يشترط ذلك وهو الشافعي وهي إحدى الروايتين عن مالك ومن ذهب هذا المذهب فأنما راعى قول ابن عمر كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا عجل به السير الحديث ومن لم يذهب هذا المذهب فأنما راعى ظاهر حديث أنس وغيره وكذلك اختلفوا كما قلنا في نوع السفر الذي يجوز فيه الجمع فذهب منهم من قال هو سفر القربة كالخروج والغزو وهو ظاهر رواية ابن القاسم ومنهم من قال هو السفر المباح دون سفر المعصية وهو قول الشافعي وظاهر رواية المدنيين عن مالك والسبب في اختلافهم في هذا هو السبب في اختلافهم في السفر الذي تقصر فيه الصلاة وإن كان هناك التعميم لأن القصر نقل قول أو فعلا والجمع المحتمل نقل فعلا فقط فمن اقتصر به على نوع السفر الذي جمع فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يجزه في غيره ومن فهم منه الرخصة للمسافر عدا إلى غيره من الأسفار وأما الجمع في الحضر لغير عمر فإن مالكاً وأكثراً الفقهاء لا يجيزونه وأجاز ذلك جماعة من أهل الظاهر وأشهب من أصحاب مالك وسبب اختلافهم اختلافهم في مفهوم حديث ابن عباس فذهب منهم من تأوله على أنه كان في مطر كما قال مالك ومنهم من أخذ بمعومه مطلقا وقد خرج مسلم زيادة في حديثه وهو قوله عليه الصلاة والسلام في غير خوف ولا سفر ولا مطر وهذا تمسك أهل الظاهر وأما الجمع في الحضر لعذر المطر فأجازته الشافعي ليلا كان أو نهلا ومنعه مالك في النهار وأجازه في الليل وأجازه أيضا في الطين دون المطر في الليل وقعدن الشافعي مالكاً في تقريقه من صلاة النهار في ذلك

وصلاة الليل لأنه روى الحديث وتأوله أعنى خصص عمومه من جهة القياس وذلك أنه قال في قول ابن عباس جهر رسول الله صلى الله عليه وسلم بين الظهر والعصر والمغرب والعشاء في غير خوف ولا سفر أرى ذلك كان في مطر قال فلم يأخذ بعموم الحديث ولا بتأويله أعنى تخصيصه بل رد بعضه وتأول بعضه وذلك شيء لا يجوز باجتماع ذلك أنه لم يأخذ بقوله فيه جمع بين الظهر والعصر وأخذ بقوله والمغرب والعشاء وتأوله وأحسب أن مالكا رحمه الله أتمارد بعض هذا الحديث لأنه عارضه العمل فأخذ منه ببعض الذي لم يعارضه العمل وهو الجمع في الحضر بين المغرب والعشاء على ما روى أن ابن عمر كان إذا جمع الأمراء بين المغرب والعشاء جمع معهم لكن النظر في هذا الأصل الذي هو العمل كيف يكون دليلا شرعيا فيه نظر فإن متقدمي شيوخ المالكية كانوا يقولون أنه من باب الاجماع وذلك لوجهه فإن اجتماع البعض لا يحتاج به وكان متأخر وهم يقولون أنه من باب نقل التواتر ويحتجون في ذلك بالصاع وغيره مما نقله أهل المدينة خلفا عن سلف والعمل أنما هو فعل والفعل لا يفيد التواتر الآن يقرن بالقول فإن التواتر طريقه لا خبر لا العمل وبأن جعل الأفعال تفيد التواتر عسير بل لعله ممنوع والأشبه عندي أن يكون من باب عموم البلوى الذي يذهب إليه أبو حنيفة وذلك أنه لا يجوز أن يكون أمثال هذه السنن مع تكررها وتكرار وقوع أسبابها غير منسوخة ويذهب العمل بها على أهل المدينة الذين تلقوا العمل بالسنن خلفا عن سلف وهو أقوى من عموم البلوى الذي يذهب إليه أبو حنيفة لأن أهل المدينة أخرى أن لا يذهب ذلك عليهم من غيرهم من الناس الذين يعتبرهم أبو حنيفة في طريق النقل وبالجملة العمل لا يشك أنه قرينة إذا اقترنت بالشئ المنقول أن وافقته فأثبت به غلبة ظن وإن خالفته أفادت به ضعف ظن فأما هل تبلغ هذه القرينة مبلغا تردها أخبار الأحاد الثابتة ففيه نظر وعسى أنها تبلغ في بعض ولا تبلغ في بعض لتفاضل الأشياء في شدة عموم البلوى بها وذلك أنه كلما كانت السنة الحاجة إليها مس وهي كثيرة التكرار على المكلفين كان نقلها من طريق الأحاد من غير أن ينشروا قولاً أو عملاً فيه ضعف وذلك أنه يوجب ذلك أحد أمرين إما أنها منسوخة وإما أن النقل فيه اختلال وقد بين ذلك المتكلمون كأبي المعلى وغيره وأما الجمع في الحضر للمريض فإن مالكا أحمله إذا خاف أن يغمى عليه أو كان به بطن ومنع ذلك الشافعي والسبب في اختلافهم هو اختلافهم في نعدى عملة الجمع في السفر أعنى المشقة فمن طرد العلة رأى أن هذا من باب الأولى والأخرى وذلك أن المشقة على المريض في أفراد الصلوات أشد منها على المسافر ومن لم يعد هذه العلة وجعلها كما يقولون قاصرة أى خاصة بذلك الحكم دون غيره لم يجز ذلك

باب الخامس من الجلة الثالثة وهو القول في صلاة الخوف

اختلف العلماء في جواز صلاة الخوف بعد النبي عليه الصلاة والسلام وفي صحتها فأكثر العلماء على أن صلاة الخوف جائزة لعموم قوله تعالى (وإذا ضربتم في الأرض فليس عليكم جناح أن تقصروا) الآية ولما ثبت ذلك من فعله عليه الصلاة والسلام وعمل الأئمة والخلفاء بعده بذلك وشذأ أبو يوسف من أصحاب أبي حنيفة فقال لا تصلي صلاة الخوف بعد النبي صلى الله عليه وسلم بإمام واحد وإنما تصلي بعده بإمامين يصلي واحد منهما بطلاقة ركعتين ثم يصلي الآخر بطلاقة أخرى وهي الحارسة ركعتين أيضا ونحرس التي قد صلت والسبب في اختلافهم هل صلاة النبي بأصحابه صلاة الخوف هي عبادة أو هي لمكان فضل النبي

صلى الله عليه وسلم فن رأى انها عبادة لم ير انها خاصة بالنبي عليه الصلاة والسلام ومن رآها لمكان فضل النبي عليه الصلاة والسلام رآها خاصة بالنبي عليه الصلاة والسلام والافقد كان ممكناً أن ينقسم الناس على امامين وانما كان ضرورة اجتماعهم على امام واحد خاصة من خواص النبي عليه الصلاة والسلام وتأيد عنده هذا التأويل بدليل الخطاب المفهوم من قوله تعالى (واذا كنت فيهم فأقت لهم الصلاة) الآية ومفهوم الخطاب انه اذا لم يكن فيهم فالحكم غير هذا الحكم وقد ذهب طائفة من فقهاء الشام الى ان صلاة الخوف تؤخر عن وقت الخوف الى وقت الامن كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الخندق والجمهور على ان ذلك الفعل يوم الخندق كان قبل نزول صلاة الخوف وانه منسوخ بها وأما صفة صلاة الخوف فان العلماء اختلفوا فيها اختلافاً كثيراً لاختلاف الآثار في هذا الباب أعني المنقولة من فعله صلى الله عليه وسلم في صلاة الخوف والمشهور من ذلك سبع صفات فن ذلك ما أخرجه مالك ومسلم من حديث صالح بن خوات عن عمر بن عبد الله عن رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم ذات الرقاع صلاة الخوف أن طائفة صفت معه وصفت طائفة وجاء العدو فصلى بالنبي معه ركعة ثم ثبت قائماً أو تموا لأنفسهم ثم انصرفوا وجاء العدو وجاءت الطائفة الاخرى فصلى بهم الركعة التي بقيت من صلاتهم ثم ثبت جالساً وتموا لأنفسهم ثم سلم بهم وهذا الحديث قال الشافعي وروى مالك هذا الحديث بعينه عن القاسم ابن محمد عن صالح بن خوات موقوفاً كمثل حديث يزيد بن رومان انه لما قضى الركعة بالطائفة الثانية سلم ولم ينتظرهم حتى يفرغوا من الصلاة واختار مالك هذه الصفة فالشافعي آثر المسند على الموقوف ومالك آثر الموقوف لانه أشبه بالاصول أعني أن لا يجلس (٣) الامام حتى تفرغ الطائفة الثانية من صلاتها لأن الامام متبوع لا متبوع وغير مختلف عليه والصفة الثالثة ماورد في حديث أبي عبيدة بن عبد الله بن مسعود عن أبيه رواه الثوري وجماعة وخبره أبو داود قال صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاة الخوف بطائفة وطائفة مستقبلو العدو فصلى بالذين معه ركعة وسجدتين وانصرفوا ولم يسلموا فوقبوا بأزاء العدو ثم جاء الآخرون فقاموا معه فصلى بهم ركعة ثم سلم فقام هؤلاء فصلوا لأنفسهم ركعة ثم سلموا وذهبوا فقاموا مقام أولئك مستقبلي العدو ورجع أولئك الى مراتبهم فصلوا لأنفسهم ركعة ثم سلموا وهذه الصفة قال أبو حنيفة وأصحابه ما خلا أبا يوسف على ما تقدم والصفة الرابعة الواردة في حديث أبي عياش الزرقى قال كان مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بعصفان وعلى المشركين خالد ابن الوليد فصلينا الظهر فقال المشركون لقد أصبحنا غفلة لو كنا جلنا عليهم وهم في الصلاة فأزل الله آية القصر بين الظهر والعصر فلما حضرت العصر قام رسول الله صلى الله عليه وسلم مستقبل القبلة والمشركون امامه فصلى خلف رسول الله صلى الله عليه وسلم صف واحد وصف بعد ذلك صف آخر فركع رسول الله صلى الله عليه وسلم وركعوا جميعاً ثم سجد وسجد الصف الذي يليه وقام الآخر يحرسونهم فلما صلى هؤلاء سجدتين وقاموا سجد الآخرون الذين كانوا خلفه ثم تأخر الصف الذي يليه الى مقام الآخريين وتقدم الصف الآخر الى مقام الصف الأول ثم ركع رسول الله صلى الله عليه وسلم وركعوا جميعاً ثم سجد وسجد الصف الذي يليه وقام الآخرون يحرسونهم فلما جلس رسول الله صلى الله عليه وسلم

والصف الذي يليه سجد الآخرون ثم جلسوا جميعا فسلم بهم جميعا وهذه الصلاة صلاها بعسفان وصلاها يوم نبي سليم قال أبو داود وروى هذا عن جابر وعن ابن عباس وعن مجاهد وعن أبي موسى وعن هشام ابن عروة عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال وهو قول الثوري وهو أحوطها يريد أنه ليس في هذه الصفة كبير عمل بخلاف لأفعال الصلاة المعروفة وقال بهذه الصفة جلة من أصحاب مالك وأصحاب الشافعي وخرجها مسلم عن جابر وقال جابر كما يصنع حركم هؤلاء بأمرائكم والصفة الخامسة الواردة في حديث حذيفة قال ثعلبة بن زهدم قال كأمع سعيد بن العاصي بطبرستان فقام فقال أياكم صلى مع رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاة الخوف قال حذيفة أنا فبلى هؤلاء ركعة وبهؤلاء ركعة ولم يقضوا شيئا وهذا بخلاف للأصل مخالفة كثيرة وخرج أيضا عن ابن عباس في معناه أنه قال الصلاة على لسان نبيكم في الحضر أربع وفي السفر ركعتان وفي الخوف ركعة واحدة وأجاز هذه الصفة الثوري والصفة السادسة الواردة في حديث أبي بكره وحديث جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه صلى بكل طائفة من الطائفتين ركعتين ركعتين وبه كان يفتي الحسن وفيه دليل على اختلاف نية الإمام والمأموم لكونه ما هم وهم مقصرون خرج مسلم عن جابر والصفة السابعة الواردة في حديث ابن عمر عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه كان إذا سئل عن صلاة الخوف قال يتقدم الإمام وطائفة من الناس فيصلي بهم ركعة وتكون طائفة منهم بينه وبين العدو لم يصلوا فإذا صلى الذين معه ركعة استأخروا مكان الذين لم يصلوا ولا يسلمون ويتقدم الذين لم يصلوا فيصلي معهم ركعة ثم ينصرف الإمام وقد صلى ركعتين تتقدم كل واحدة من الطائفتين فيصليون لأنفسهم ركعة ركعة بعد أن ينصرف الإمام فتكون كل واحدة من الطائفتين قد صلت ركعتين فإن كان خوف أشد من ذلك صالوا رجالا قايما على أقدامهم أو ركبانا مستقبلي القبلة أو غير مستقبلها وعن قال بهذه الصفة أشهب عن مالك وجاعة وقال أبو عمر الحجة لمن قال بحديث ابن عمر هذا أنه ورد بنقل الأئمة أهل المدينة وهم الحجة في النقل على من خالفهم وهي أيضا مع هذا أشبه بالأصول لأن الطائفة الأولى والثانية لم يقضوا الركعة إلا بعد خروج رسول الله صلى الله عليه وسلم من الصلاة وهو المعروف من سنة القضاء المجمع عليها في سائر الصلوات وأكثر العلماء على ملجاء في هذا الحديث من أنه إذا اشتد خوف جاز أن يصلوا مستقبل القبلة وغير مستقبلها وإعفاء من غير ركوع ولا سجود وخالف في ذلك أبو حنيفة فقال لا يصلّي الخائف إلا إلى القبلة ولا يصلّي أحد في حال المسابقة وسبب الخلاف في ذلك مخالفة هذا الفعل للأصول وقد رأى قوم أن هذه الصفات كلها جائزة وإن للكلف أن يصلّي أيها أحب وقد قيل إن هذا الاختلاف إنما كان بحسب اختلاف المواطن

باب السادس من الجلة الثالثة في صلاة المريض

وأجمع العلماء على أن المريض مخاطب بإداء الصلاة وأنه يسقط عنه فرض القيام إذا لم يستطعه ويصلي جالسا وكذلك يسقط عنه فرض الركوع والسجود إذا لم يستطعهما أو أحدهما أو بومئ مكانهما واختلفوا فيمن له أن يصلي جالسا وفي هيئة الجلوس وفي هيئة الذي لا يقدر على الجلوس ولا على القيام فأما من له أن يصلي جالسا فإن قوما قالوا هذا الذي لا يستطيع القيام أصلا وقوم قالوا هو الذي يشق عليه القيام من المرض وهو منهب مالك وسبب اختلافهم هو هل يسقط فرض القيام مع المشقة ومع عدم القدرة وليس في ذلك نص وأما صفة الجلوس فإن قوما قالوا يجلس متر بعا أعني الجلوس الذي هو بدل من القيام وكره

ابن مسعود الجالس متربعا فن ذهب الى التربع فلا فرق بينه وبين جالس التشهد ومن كرهه فلا نهي ليس من جالس الصلاة وأما صفة صلاة الذي لا يقدر على القيام ولا على الجلوس فان قوما قالوا يصلى مضطجعا وقوم قالوا يصلى كيفما تيسر له وقوم قالوا يصلى مستقبلا رجلاه الى الكعبة وقوم قالوا ان لم يستطع الجلوس صلى على جنبه فان لم يستطع على جنبه صلى مستقبلا ورجلاه الى القبلة على قسراطته وهو الذي اختاره ابن المنذر (الجلية الرابعة) وهذه الجلية تشغل من أفعال الصلاة على التي ليست أداء وهذه هي اماعادة واما قضاء واما جبر لما زاد أو نقص بالسجود ففي هذه الجلية اذا ثلثة أبواب الباب الأول في الاعادة الباب الثاني في القضاء الباب الثالث في الجبر ان الذي يكون بالسجود

﴿ الباب الأول ﴾

وهذا الباب الكلام فيه في الأسباب التي تقتضي الاعادة وهي مفسدات الصلاة واتفقوا على أن من صلى بغير طهارة انه يجب عليه الاعادة عمدا كان أو نسيانا وكذلك من صلى لغير القبلة عمدا كان ذلك أو نسيانا وبالجلية فكل من أدخل بشرط من شروط صحة الصلاة وجبت عليه الاعادة وانما يختلفون من أجل اختلافهم في الشروط المصححة وهن مسائل تتعلق بهذا الباب خارجة عما ذكر من فروض الصلاة اختلفوا فيها فمنهم اتفقوا على أن الحدث يقطع الصلاة واختلفوا هل يقتضي الاعادة من أولها اذا كان قد ذهب من ركعة أو ركعتان قبل طروا الحدث أم يبنى على ما قدمه من الصلاة فنهب الجمهور الى انه لا يبنى لافي حدث ولا في غيره مما يقطع الصلاة الا في الرعاف فقط ومنهم من رأى أنه لا يبنى لافي الحدث ولا في الرعاف وهو الشافعي وذهب الكوفيون الى انه يبنى في الاحداث كلها وسبب اختلافهم أنه لم يرد في جواز ذلك أثر عن النبي عليه الصلاة والسلام وانما صح عن ابن عمر انه رعى في الصلاة فبني ولم يتوضأ فمن رأى أن هذا الفعل من الصحابي يجري مجرى التوقيف اذ ليس يمكن ان يفعل مثل هذا بقياس أجاز هذا الفعل ومن كان عنده من هؤلاء أن الرعاف ليس بحدث أجاز البناء في الرعاف فقط ولم يعدله لغيره وهو من ذهب مالك ومن كان عنده انه حدث أجاز البناء في سائر الاحداث قياسا على الرعاف ومن رأى أن مثل هذا لا يجب ان يصار اليه الا بتوقيف من النبي عليه الصلاة والسلام اذ قد انعقد الاجماع على أن المصلى اذا انصرف الى غير القبلة انه قد خرج من الصلاة وكذلك اذا فعل فيها فعلا كثيرا لم يحجز البناء لافي الحدث ولا في الرعاف (المسئلة الثانية) اختلف العلماء هل يقطع الصلاة من ورشئ بين يدي المصلى اذا صلى لغير ستر أو من بينه وبين السترة فنهب الجمهور الى انه لا يقطع الصلاة شيء وانه ليس عليه اعادة وذهبت طائفة الى انه يقطع الصلاة المرأة والحمار والكلب الأسود وسبب هذا الخلاف معارضة القول للفعل وذلك انه خرج مسلم عن أبي ذر انه عليه الصلاة والسلام قال يقطع الصلاة المرأة والحمار والكلب الأسود وخرج مسلم والبخاري عن عائشة انها قالت لقد رأيتني بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم معترضة كاعتراض الجنابة وهو يصلى وروى مثل قول الجمهور عن علي وعن أبي ولا خلاف بينهم في كراهية المرور بين يدي المنفرد والامام اذا صلى لغير ستر أو من بينه وبين السترة ولم يروا بأسا ان يمر خلف السترة وكذلك لم يروا بأسا ان يمر بين يدي المأموم ثبوت حديث ابن عباس وغيره قال أقبلت راكبا على أتان وأنا يومئذ قد ناهزت الاحتمام ورسول الله صلى الله عليه وسلم يصلى بالناس

قررت بين يدي بعض الصغوف فنزلت وأرسلت الامان ترنع ودخلت في الصف فلم ينكر ذلك على أحد وهذا عندهم يجري مجرى المسند وفيه نظر وانما اتفق الجمهور على كراهية المرور بين يدي المصلي لمجاها فيه من الوعيد في ذلك ولقوله عليه الصلاة والسلام فيه فليقاتله قائما هو شيطان (المسئلة الثالثة) اختلفوا في النسخ في الصلاة على ثلاثة أقوال فقوم كرهوه ولم يروا الاعادة على من فعله وقوم أوجبوا الاعادة على من نفع وقوم فرقوا بين أن يسمع أو لا يسمع وسبب اختلافهم تردد النسخ بين أن يكون كلاما أو لا يكون كلاما (المسئلة الرابعة) اتفقوا على أن الضحك يقطع الصلاة واختلفوا في التبسم وسبب اختلافهم تردد التبسم بين أن يلحق بالضحك أو لا يلحق به (المسئلة الخامسة) اختلفوا في صلاة الحاقن فأكثر العلماء يكرهون أن يصلي الرجل وهو حاقن لما روى من حديث يزيد بن أرقم قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول إذا أراد أحدكم الغائط فليبدأ به قبل الصلاة ولما روى عن عائشة عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال لا يصلي أحدكم بحضرة الطعام ولا وهو يدافعه الاخبثان يعني الغائط والبول ولما ورد من النهي عن ذلك عن عمر أيضا وذهب قوم الى أن صلاته فاسدة وأنه يعيد وروى ابن القاسم عن مالك ما يدل على أن صلاة الحاقن فاسدة وذلك انه روى عنه انه أمره بالاعادة في الوقت وبعد الوقت والسبب في اختلافهم اختلافهم في النهي هل يدل على فساد المنهي عنه أم ليس يدل على فساده وانما يدل على تأنيب من فعله فقط اذا كان أصل الفعل الذي تعلق النهي به واجبا أو جائزا وقد تمسك القائلون بفساد صلاته بحديث رواه الشاميون منهم من يجعله عن ثوبان ومنهم من يجعله عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يحل لمؤمن أن يصلي وهو حاقن جدا قال أبو عمر بن عبد البر هو حديث ضعيف السند لا حجة فيه (المسئلة السادسة) اختلفوا في رد سلام المصلي على من سلم عليه فرخصت فيه طائفة منهم سعيد بن المسيب والحسن بن أبي الحسن البصري وقتادة ومنع ذلك قوم بالقول وأجازوا الرد بالاشارة وهو مذهب مالك والشافعي ومنع آخرون رده بالقول والاشارة وهو مذهب النعمان وأجاز قوم الرد في نفسه وقوم قالوا يرد اذا فرغ من الصلاة والسبب في اختلافهم هل رد السلام من نوع التكلم في الصلاة المنهي عنه أم لا فن رأى انه من نوع الكلام المنهي عنه وخصص الأمر برد السلام في قوله تعالى (واذا حييتم بتحية فحيوا بأحسن منها) الآية بأحاديث النهي عن الكلام في الصلاة قال لا يجوز الرد في الصلاة ومن رأى انه ليس داخلا في الكلام المنهي عنه أو خصص أحاديث النهي بالأمر برد السلام أجازوه في الصلاة قال أبو بكر بن المنذر ومن قال لا يرد ولا يشير فقد خالف السنة فانه قد أخبر شبيب أن النبي عليه الصلاة والسلام رد على الذين سلموا عليه وهو في الصلاة بإشارة

الباب الثاني في القضاء

والكلام في هذا الباب على من يجب القضاء وفي صفة أنواع القضاء وفي شروطه فأما على من يجب القضاء فاتفق المسلمون على انه يجب على الناس والنائم واختلفوا في العامد والمغمى عليه وانما اتفق المسلمون على وجوب القضاء على الناس والنائم ثبوت قوله عليه الصلاة والسلام وقوله وأعني بقوله عليه الصلاة والسلام رفع القلم عن ثلاث فذكر النائم وقوله اذا نام أحدكم عن الصلاة أو نسيها فليصلها اذا ذكرها وما روى انه نام عن الصلاة حتى خرج وقتها فقصاها وأما تاركها عمدًا حتى يخرج الوقت فان الجمهور على انه

آثم وأن القضاء عليه واجب وذهب بعض أهل الظاهر الى انه لا يقضى وانه آثم وأحد من ذهب الى ذلك أبو محمد بن حزم وسبب اختلافهم في شيئين أحدهما في جواز القياس في الشرع والثاني في قياس العامد على الناسي اذا سلم جواز القياس فن رأى انه اذا وجب القضاء على الناسي الذي قد عذره الشرع في أشياء كثيرة فالتعمد أخرى ان يجب عليه لأنه غير معذور أو وجب القضاء عليه ومن رأى أن الناسي والعامد ضدان والاضداد لا يقاس بعضهما على بعض اذا حكمهما بمختلفة وانما تقاس الاشياء لم يجز قياس العامد على الناسي والحق في هذا انه اذا جعل الوجوب من باب التغليظ كان القياس سائفا وأما ان جعل من باب الرفق بالناسي والعذر له وان لا يفوته ذلك الخير فالعامد في هذا ضد الناسي والقياس غير سائغ لأن الناسي معذور والعامد غير معذور والأصل أن القضاء لا يجب بأمر الاداء وانما يجب بأمر مجدد على ما قال المتكلمون لأن القاضي قد فاته أحد شروط التمسك من وقوع الفعل على محتمه وهو الوقت اذا كان شرطاً من شروط الصحة والتأخير عن الوقت في قياس التقديم عليه لكن قد ورد الأثر بالناسي والتأثم وتردد العامد بين أن يكون شبيهاً أو غير شبيهه والله الموفق للحق وأما المنعني عليه فان قوماً أسقطوا عنه القضاء فيما ذهب وقته وقوماً وجبوا عليه القضاء ومن هؤلاء من اشترط القضاء في عدد معلوم وقالوا يقضى في الخمس فمادونها والسبب في اختلافهم ترده بين التأثم والمجنون فن شبهه بالتأثم أو وجب عليه القضاء ومن شبهه بالمجنون أسقط عنه الوجوب وأما صفة القضاء فان القضاء نوعان قضاء بجللة الصلاة وقضاء لبعضها أما قضاء الجللة فالنظر فيه في صفة القضاء وشروطه ووقته فأما صفة القضاء فهي بعينها صفة الاداء اذا كانت الصلاتان في صفة واحدة من الفرضية وأما اذا كانت في أحوال مختلفة مثل أن يذكر صلاة حضرية في سفر أو صلاة سفريّة في حضر فاختلفو في ذلك على ثلاثة أقوال فقوم قالوا انما يقضى مثل الذي عليه ولم يراعوا الوقت الحاضر وهو مذهب مالك وأصحابه وقوم قالوا انما يقضى أبداً أو بعاسفريّة كانت المنسية أو حضرية فعلى رأى هؤلاء ان ذكر في السفر حضرية صلاها حضرية وان ذكر في الحضر سفريّة صلاها حضرية وهو مذهب الشافعي وقال قوم انما يقضى أبداً فرض الحال التي هو فيها فيقضى الحضرية في السفر سفريّة والسفريّة في الحضر حضرية فن شبه القضاء بالأداء راعى الحال الحاضرة وجعل الحكم لها قياساً على المريض يتذكر صلاة نسيها في الصحة والصحيح يتذكر صلاة نسيها في المرض أعنى أن فرضه هو فرض الصلاة في الحال الحاضرة ومن شبه القضاء بالديون أوجب للمقتضية صفة المنسية وأما من أوجب ان يقضى أبداً حضرية فراعى الصفة في أحدهما والحال في الأخرى أعنى انه اذا ذكر الحضرية في السفر راعى صفة المقتضية واذا ذكر السفريّة في الحضر راعى الحال وذلك اضطراب جار على غير قياس إلا أن يذهب مذهب الاحتياط وذلك يتصور فحين يرى القصر رخصة وأما شروط القضاء ووقته فان من شروطه الذي اختلفوا فيه الترتيب وذلك أنهم اختلفوا في وجوب الترتيب في قضاء المنسيات أعنى وجوب ترتيب المنسيات مع الصلاة الحاضرة الوقت وترتيب المنسيات بعضها مع بعض اذا كانت أكثر من صلاة واحدة فذهب مالك الى أن الترتيب واجب فيها في الخمس صلات فمادونها وانه يبدأ بالمنسية وان فات وقت الحاضرة حتى انه قال ان ذكر المنسية وهو في الحاضرة فسدت الحاضرة عليه وبمثل ذلك قال أبو حنيفة والثوري إلا أنهم رأوا الترتيب

واجبا مع اتساع وقت الحاضرة واتفق هؤلاء على سقوط وجوب الترتيب مع النسيان وقال الشافعي لا يجب الترتيب وإن فعل ذلك إذا كان في الوقت متسع خسن يعني في وقت الحاضرة والسبب في اختلافهم اختلاف الآثار في هذا الباب واختلافهم في تشبيه القضاء بالأداء فأما الآثار فإنه ورد في ذلك حديثان متعارضان أحدهما ما روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال من نسي صلاة وهو مع الإمام في أخرى فليصل مع الإمام فإذا فرغ من صلاته فليعد الصلاة التي نسي ثم يلعن الصلاة التي صلى مع الإمام وأصحاب الشافعي يضعفون هذا الحديث ويصححون حديث ابن عباس أن النبي عليه الصلاة والسلام قال إذا نسي أحدكم صلاة فذكرها وهو في صلاة مكتوبة فليتم التي هو فيها فإذا فرغ منها قضى التي نسي والحديث الصحيح في هذا الباب هو ما تقدم من قوله عليه الصلاة والسلام إذا ناسى أحدكم عن الصلاة أو نسيها الحديث وأما اختلافهم في جهة تشبيه القضاء بالأداء فإن من رأى أن الترتيب في الأداء النماز من أجل أن أوقاتها المختصة بصلاة منها هي مرتبة في نفسها إذا كان الزمان لا يعقل الأمر تباعدا بل يحق بها القضاء لأنه ليس للقضاء وقت مخصوص ومن رأى أن الترتيب في الصلوات المؤداة هو في الفعل وإن كان الزمان واحدا مثل الجمع بين الصلاتين في وقت واحد أمما شبه القضاء بالأداء وقدرت المالكية أن توجب الترتيب للقضية من جهة الوقت لأن جهة الفعل لقوله عليه الصلاة والسلام فليصلها إذا ذكرها قالوا فوقت المنسية هو وقت الذكر ولذلك وجب أن تفسد عليه الصلاة التي هو فيها في ذلك الوقت وهذا لا معنى له لأنه إن كان وقت الذكر وقتا للمنسية فهو بعينه أيضا وقت للحاضرة أو وقت للنسيات إذا كانت أكثر من صلاة واحدة وإذا كان الوقت واحدا فليبق أن يكون الفساد الواقع فيها لا من قبل الترتيب بينها كالترتيب الذي يوجد في أجزاء الصلاة الواحدة فإنه ليس إحدى الصلاتين أحق بالوقت من صاحبها إذا كان وقتا لكليهما الآن يقوم دليل الترتيب وليس ههنا عندى شيء يمكن أن يجعل أصلا في هذا الباب لترتيب المنسيات إلا الجمع عندهم من سلمه فإن الصلوات المؤداة وأوقاتها مختلفة والترتيب في القضاء إنما يتصور في الوقت الواحد بعينه للصلاتين معافاهم هذا فإن فيه غموضا وأظن ما لكارجه الله أنما قاس ذلك على الجمع وأنما صار الجميع إلى استحسان الترتيب في المنسيات إذا لم يتخف فوات الحاضرة لصلاته عليه الصلاة والسلام الصلوات الخمس يوم الخندق مرتبة وقد احتج بهذا من أوجب القضاء على العامد ولا معنى لهذا فإن هذا منسوخ وأيضا فإنه كان تركا لعنر وأما التحديد في الخمس فنادونها فليس له وجه الآن يقال أنه إجماع فهذا حكم القضاء الذي يكون في فوات جلة الصلاة وأما القضاء الذي يكون في فوات بعض الصلوات فإنه ما يكون سببه النسيان ومنه ما يكون سببه سبق الإمام للمأموم أعني أن يفوت المأموم بعض صلاة الإمام فأما إذا فات المأموم بعض الصلاة فإن فيه مسائل ثلاثا قواعد أحداها متى تقوت الركعة والثانية هل أتت به بما فاتته بعد سلام الإمام أداء أو قضاء والثالثة متى يلزمه حكم صلاة الإمام ومتى لا يلزمه ذلك أما متى تقوت الركعة فإن في ذلك مسألتين أحدهما إذا دخل والإمام قد أهوى إلى الركوع والثانية إذا كلف مع الإمام في الصلاة فسيأمن أن يتبعه في الركوع أو منعه من ذلك ما وقع من زحام أو غيره (أما المسئلة الأولى) فإن فيها ثلاثة أقوال أحدها وهو الذي عليه الجمهور أنه إذا أدرك الإمام قبل أن يرفع رأسه من الركوع وركع معه فهو مبرك للركعة وليس عليه قضاؤها وهؤلاء اختلفوا هل من شرط هذا

الداخل ان يكبر تكبيرتين تكبيرة للاحرام وتكبيرة للركوع أو يحز به تكبيرة الركوع وان كانت تحز به فهل من شرطها ان ينوي بها تكبيرة الاحرام أم ليس ذلك من شرطها فقال بعضهم بل تكبيرة واحدة تحز به اذ انوى بها تكبيرة الافتتاح وهو منذهب مالك والشافعي والاختيار عندهم تكبيرتان وقال قوم لا بد من تكبيرتين وقال قوم يحزى واحدة وان لم ينو بها تكبيرة الافتتاح والقول الثاني انه اذا ركع الامام فقد فاتته الركعة وانه لا يدركها مالم يدركه قائماً وهو منسوب الى أبي هريرة والقول الثالث انه اذا انتهى الى الصف الآخر وفسرغ الامام رأسه ولم يرفع بعضهم فأدرك ذلك انه يحز به لأن بعضهم أئمة لبعض وبه قال الشعبي وسبب هذا الاختلاف تردد اسم الركعة بين ان يدل على الفعل نفسه الذى هو الانحناء فقط أو على الانحناء والوقوف معا وذلك انه قال عليه الصلاة والسلام من أدرك من الصلاة ركعة فقد أدرك الصلاة قال ابن المنذر ثبت ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فمن كان اسم الركعة ينطلق عنده على القيام والانحناء معاً قال اذافاته قيام الامام فقد فاتته الركعة ومن كان اسم الركعة ينطلق عنده على الانحناء نفسه جعل ادراك الانحناء ادراكاً للركعة والاشتراك الذى عرض لهذا الاسم انما هو من قبل تردده بين المعنى اللغوى والمعنى الشرعى وذلك ان اسم الركعة ينطلق لغة على الانحناء وينطلق شرعاً على القيام والركوع والسجود فمن رأى أن اسم الركعة ينطلق في قوله عليه الصلاة والسلام من أدرك ركعة على الركعة الشرعية ولم يذهب منه منذهب الأخذ ببعض ما يدل عليه الاسماء قال لا بد أن يدرك مع الامام الثلاثة الاحوال أعنى القيام والانحناء والسجود ويحتمل أن يكون من ذهب الى اعتبار الانحناء فقط أن يكون اعتباراً كثيراً ما يدل عليه الاسم ههنا لأن من أدرك الانحناء فقد أدرك منها جزءاً ومن فاتة الانحناء انما أدرك منها جزءاً واحداً فقط فعلى هذا يكون الخلاف أياً الى اختلافهم في الأخذ ببعض دلالة الأسماء أو بكليها فالخلاف يتصور فيها من الوجهين جميعاً وأما من اعتبر ركوع من في الصف من المأمومين فلأن الركعة من الصلاة قد تنضاف الى الامام فقط وقد تنضاف الى الامام والمأمومين فسبب الاختلاف هو الاحتمال في هذه الاضافة أعنى قوله عليه الصلاة والسلام من أدرك ركعة من الصلاة وما عليه الجمهور أظهر وأما اختلافهم في هل تحز به تكبيرة واحدة أو تكبيرتان أعنى المأموم اذا دخل في الصلاة والامام راكع فسيببه هل من شرط تكبيرة الاحرام ان يؤتى بها واقفاً أم لا فمن رأى أن من شرطها الموضع الذى تقع فيه تعلقاً بالفعل أعنى فعله عليه الصلاة والسلام وكان يرى أن التكبير كله فرض قال لا بد من تكبيرتين ومن رأى انه ليس من شرطها الموضع تعلقاً بعموم قوله عليه الصلاة والسلام وبحرهما التكبير وكان عنده أن تكبيرة الاحرام هي فقط الفرض قال يحز به ان يأتى بها وحدها وأما من أجاز أن يأتى بتكبيرة واحدة ولم ينو بها تكبيرة الاحرام فليلبني على منذهب من يرى أن تكبيرة الاحرام ليست بفرض وقيل انما يبني على منذهب من يجوز تأخيرنية الصلاة عن تكبيرة الاحرام لأنه ليس معنى ان ينوى تكبيرة الاحرام المقارنة النية للدخول في الصلاة لأن تكبيرة الاحرام لها وصفان النية المقارنة والأولية أعنى وقوعها في أول الصلاة فمن اشترط الوصفين لا لا بد من النية المقارنة ومن اكتفى بالصفة الواحدة اكتفى بتكبيرة واحدة وان لم تقارنها النية وأما المسئلة الثانية وهي اذا سها عن اتباع الامام في الركوع حتى سجد الامام فان قوما قالوا اذافاته

ادراك الركوع معه فقد فاتته الركعة ووجب عليه قضؤها وقوم قالوا يعتمد بالركعة اذا أمكنه ان يتم من الركوع قبل ان يقوم الامام الى الركعة الثانية وقوم قالوا يتبعه ويعتد بالركعة ما لم يرفع الامام رأسه من الانحناء في الركعة الثانية وهذا الاختلاف موجود لأصحاب مالك وفيه تفصيل واختلاف بينهم بين ان يكون عن نسيان أو أن يكون عن زحام وبين أن يكون في جعة أو في غير جعة وبين اعتبار ان يكون المأموم عرض له هذا في الركعة الاولى أو في الركعة الثانية وليس قصدنا تفصيل المذهب ولا تخريجها وإنما الغرض الاشارة الى قواعد المسائل وأصولها فنقول ان سبب الاختلاف في هذه المسئلة هو هل من شرط فعل المأموم ان يقارن فعل الامام أو ليس من شرطه ذلك وهل هذا الشرط هو في جميع أجزاء الركعة الثلاثة أعني القيام والانحناء والسجود أم انما هو شرط في بعضها ومتى يكون اذ لم يقارن فعله فعل الامام اختلافا عليه أعني ان يفعل هو فعلا والامام فعلا ثانيا فن رأى انه شرط في كل جزء من أجزاء الركعة الواحدة أعني أن يقارن فصل المأموم فعل الامام والا كان اختلافا عليه وقد قال عليه الصلاة والسلام فلا تختلوا عليه قال متى لم يدرك معه من الركوع ولو جزأ يسيرا لم يعتمد بالركعة ومن اعتبره في بعضها قال هو مدرك للركعة اذا أدرك فعل الركعة قبل ان يقوم الى الركعة الثانية وليس ذلك اختلافا عليه فاذا قام الى الركعة الثانية فان اتبعه فقد اختلف عليه في الركعة الاولى وأما من قال انه يتبعه ما لم ينحن في الركعة الثانية فانه رأى انه ليس من شرط فعل المأموم ان يقارن بعضه بعض فعل الامام ولا كله وانما من شرطه أن يكون بعده فقط وانما اتفقوا على أنه اذا قام من الانحناء في الركعة الثانية أنه لا يعتد بتلك الركعة ان اتبعه فيها لأنه يكون في حكم الاولى والامام في حكم الثانية وذلك غاية الاختلاف عليه (وأما المسئلة الثانية) من المسائل الثلاث الأولى التي هي أصول هذا الباب وهي هل اتيان المأموم بمقاماته من الصلاة مع الامام أداء أو قضاء فان في ذلك ثلاثة مذاهب قوم قالوا انما يأتي به بعد سلام الامام هو قضاء وان ما أدرك ليس هو أول صلاته وقوم قالوا ان الذي يأتي به بعد سلام الامام هو أداء وان ما أدرك هو أول صلاته وقوم فرقوا بين الأقوال والأفعال فقالوا يقضى في الأقوال يعنون في القراءة ويبنى في الأفعال يعنون الاداء فن أدرك ركعة من صلاة المغرب على المذهب الأول أعني مذهب القضاء قام اذا سلم الامام الى ركعتين يقرأ فيها بأم القرآن وسورة بن غير ان يجلس بينهما وعلى المذهب الثاني أعني على البناء قام الى ركعة واحدة يقرأ فيها بأم القرآن وسورة ثم يقوم الى ركعة يقرأ فيها بأم القرآن فقط وعلى المذهب الثالث يقوم الى ركعة فيقرأ فيها بأم القرآن وسورة ثم يجلس ثم يقوم الى ركعة ثانية يقرأ فيها أيضا بأم القرآن وسورة وقد نسبت الأقوال الثلاثة الى المذهب والصحيح عن مالك انه يقضى في الأقوال ويبنى في الأفعال لأنه لم يختلف قوله في المغرب انه اذا أدرك منها ركعة أنه يقوم الى الركعة الثانية ثم يجلس ولاختلاف في قوله انه يقضى بأم القرآن وسورة وسبب اختلافهم انه ورد في بعض روايات الحديث المشهور غاء أدركتم فصلا واما فأنكم فأنتم والاعمال يقتضي ان يكون ما أدرك هو أول صلاته وفي بعض رواياته غاء أدركتم فصلا واما فأنكم فاقضوا والقضاء يوجب أن ما أدرك هو آخر صلاته فن ذهب مذهب الاعمال قال ما أدرك هو أول صلاته ومن ذهب مذهب القضاء قال ما أدرك هو آخر صلاته ومن ذهب مذهب الجمع جعل القضاء في الأقوال والأداء في الأفعال وهو ضعيف أعني أن يكون بعض الصلاة أداء وبعضها

قضاء وانفاهم على وجوب الترتيب في أجزاء الصلاة وعلى ان موضع تكبيرة الاحرام هو افتتاح الصلاة فيه دليل واضح على أن ما أدركه هو أول صلاته لكن تختلفنية المأموم والامام في الترتيب فتأمل هذا ويشبه أن يكون هذا هو أحد مراعاة من قال ما أدركه فهو آخر صلاته (وأما المسئلة الثالثة) من المسائل الاول وهي متى يلزم المأموم حكم صلاة الامام في الاتباع فان فيها مسائل احداها متى يكون مدركا لصلاة الجلعة والثانية متى يكون مدركا معه حكم سجود السهو أعني سهو الامام والثالثة متى يلزم المسافر الداخل وراء امام يتم الاتمام اذا أدرك من صلاة الامام بعضها (فأما المسئلة الاولى) فان قوم قالوا اذا أدرك ركعة من الجلعة فقد أدرك الجلعة ويقضى ركعة ثانية وهو مذهب مالك والشافعي فان أدرك أقل صلى ظهرا أو ربا وقوم قالوا بل يقضى ركعتين أدرك منهما أدرك وهو مذهب أبي حنيفة وسبب الخلاف في هذا هو ما يظن من التعارض بين عموم قوله عليه السلام ما أدركتم فصلوا وما فاتكم فأتموا وبين مفهوم قوله عليه السلام من أدرك ركعة من الصلاة فقد أدرك الصلاة فانه من صار الى عموم قوله عليه السلام وما فاتكم فأتموا أوجب أن يقضى ركعتين وان أدرك منها أقل من ركعتين ومن كان المحذوف عنده في قوله عليه السلام فقد أدرك الصلاة أى فقد أدرك حكم الصلاة قال دليل الخطاب يقتضى أن من أدرك أقل من ركعة فلا يدرك حكم الصلاة والمحذوف في هذا القول محتمل فانه يمكن أن يراد به فضل الصلاة ويمكن أن يراد به وقت الصلاة ويمكن أن يراد به حكم الصلاة ولعله ليس هذا الجواز في أحدهما أظهر منه في الثاني فان كان الأمر كذلك كانت من باب الجمل الذي لا يقتضى حكما وكان الآخر بالعموم أولى وان سلمنا انه أظهر في أحد هذه المحذوفات وهو مثلا الحكم على قول من يرى ذلك لم يكن هذا الظاهر معارضا للعموم الامن بابل دليل الخطاب والعموم أقوى من دليل الخطاب عند الجميع ولا سيما الدليل المبني على المحتمل والظاهر وأما من يرى ان قوله عليه السلام فقد أدرك الصلاة أنه يتضمن جميع هذه المحذوفات فضعيف وغير معلوم من لغة العرب الآن يتقرر أن هنالك اصطلاحا عرفيا وأشرعيا وهو أمان مسئلة اتباع المأموم للامام في السجود أعني في سجود السهو فان قوما اعتبروا في ذلك الركعة أعني أن يدرك من الصلاة معه ركعة وقوم لم يعتبروا ذلك فمن لم يعتبر بذلك فخصيرا الى عموم قوله عليه السلام انما جعل الامام ليؤتم به ومن اعتبر بذلك فخصيرا الى مفهوم قوله عليه السلام فقد أدرك الصلاة ولذلك اختلفوا في المسئلة الثالثة فقال قوم ان المسافر اذا أدرك من صلاة الامام الحاضر أقل من ركعة لم يتم وإذا أدرك ركعة لزمه الاتمام فهذا حكم القضاء الذي يكون لبعض الصلاة من قبل النسيان فانهم اتفقوا على أن ما كان منها ركعا فهو يقضى أعني فريضة وانه ليس يجزى منه الا الايتان به وفيه مسائل اختلفوا فيها بعضهم أوجب فيها القضاء وبعضهم أوجب فيها الاعادة مثل من نسي أربع سجعات من أربع ركعات سجدة من كل ركعة فان قوما قالوا يصلح الرابعة بان يسجد لها ويبتل ما قبلها من الركعات ثم يأتي بها وهو قول مالك وقوم قالوا تبطل الصلاة بأسرها ويلزمه الاعادة وهي إحدى الروايتين عن أحمد بن حنبل وقوم قالوا يأتي بأربع سجعات متوالية وتكمل بها صلاته وبه قال أبو حنيفة والثوري والاوزاعي وقوم قالوا يصلح الرابعة ويعتد بسجدةين وهو مذهب الشافعي وسبب الخلاف في هذا امر إعادة الترتيب فمن راعاه في الركعات والسجعات

أبطل الصلاة ومن راعاه في السجدة أ بطل الركعات ماعدا الأخيرة قياسا على قضاء ما فات المأموم من صلاة الامام ومن لم يراع الترتيب أجاز سجودهما معا في ركعة واحدة لاسيما اذا اعتقد أن الترتيب ليس هو واجبا في الفعل المكرر في ركعة ركعة أعنى السجود وذلك أن كل ركعة تشتمل على قيام وانحناء وسجود والسجود مكرر فزعم أصحاب أبي حنيفة أن السجود لما كان مكررا لم يجب أن يراعى فيه التكرير في الترتيب ومن هذا الجنس اختلاف أصحاب مالك فحين نسي قراءة أم القرآن من الركعة الاولى فقبل لا يعتد بالركعة ويقضيها وقيل يعيد الصلاة وقيل يسجد للسهو وصلاته تامة وفروع هذا الباب كثيرة وكلها غير منطوق به وليس قصدنا هنا الا ما جرى مجرى الاصول

﴿ الباب الثالث من الجلة الرابعة في سجود السهو ﴾

والسجود المنقول في الشريعة في أحد موضعين اما عند الزيادة أو النقصان اللذين يقعان في أفعال الصلاة وأقوالها من قبل النسيان لا من قبل العمد واما عند الشك في أفعال الصلاة فأما السجود الذي يكون من قبل النسيان لا من قبل الشك فالكلام فيه ينحصر في ستة فصول الفصل الأول في معرفته حكم السجود الثاني في معرفة مواضعه من الصلاة الثالث في معرفة الجنس من الأفعال والأفعال التي يسجد لها الرابع في صفة سجود السهو الخامس في معرفة من يجب عليه سجود السهو السادس بماذا ينيبه المأموم الامام الساهي على سهوه

﴿ الفصل الأول ﴾

اختلفوا في سجود السهو هل هو فرض أو سنة فذهب الشافعي الى أنه سنة وذهب أبو حنيفة الى أنه فرض لكن من شروط صحة الصلاة وفرق مالك بين السجود للسهو في الأفعال وبين السجود للسهو في الأقوال وبين الزيادة والنقصان فقال سجود السهو الذي يكون للأفعال الناقصة واجب وهو عنده من شروط صحة الصلاة هذا في المشهور وعنه ان سجود السهو للنقصان واجب وسجود الزيادة مندوب والسبب في اختلافهم اختلافهم في حمل أفعاله عليه السلام في ذلك على الوجوب أو على الندب فأما أبو حنيفة فحمل أفعاله عليه السلام في السجود على الوجوب اذ كان هو الأصل عندهم اذ جاء بيانا لواجب كما قال عليه السلام صلو كما رأيتموني أصلي وأما الشافعي فحمل أفعاله في ذلك على الندب وأخرجها عن الأصل بالقياس وذلك أن لما كان السجود عند الجمهور ليس ينوب عن فرض وانما ينوب عن ندب رأى ان البديل عما ليس بواجب ليس هو بواجب وأما مالك فتأكدت عنده الأفعال أكثر من الأقوال لكونها من صلب الصلاة أكثر من الأقوال أعنى ان القروض التي هي أفعال هي أكثر من فروض الأقوال فكأنه رأى ان الأفعال أكد من الأقوال وان كان ليس ينوب سجود السهو الا عما كان منها ليس بفرض وتفرقة أيضا بين سجود النقصان والزيادة على الرواية الثانية لكون سجود النقصان شرع بدلا عما سقط من أجزاء الصلاة وسجود الزيادة كأنه استغفار لا بدل

﴿ الفصل الثاني ﴾

اختلفوا في مواضع سجود السهو على خمسة أقوال فذهب الشافعية الى أن سجود السهو موضعه أبدا قبل السلام وذهب الحنفية الى أن موضعه أبدا بعد السلام وفرقت المالكية فقالت ان كان

السجود لنقصان كان قبل السلام وإن كان لزيادة كان بعد السلام وقال أحمد بن حنبل يسجد قبل السلام في المواضع التي يسجد فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل السلام ويسجد بعد السلام في المواضع التي يسجد فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد السلام فما كان من سجود في غير تلك المواضع يسجد له أبداً قبل السلام وقال أهل الظاهر لا يسجد للسهو إلا في المواضع الخمسة التي يسجد فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم فقط وغير ذلك إن كان فرضاً أتى به وإن كان ندباً فليس عليه شيء والسبب في اختلافهم أنه عليه السلام ثبت عنه أنه يسجد قبل السلام ويسجد بعد السلام وذلك أنه ثبت من حديث ابن بحنة أنه قال صلى لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم ركعتين ثم قام فلم يجلس فقام الناس معه فلما قضى صلاته سجد سجدتين وهو جالس وثبت أيضاً أنه سجد بعد السلام في حديث ذي اليمين المتقدم إذ سلم من اثنتين فذهب الذين جوزوا القياس في سجود السهو أعني الذين رأوا تعدية الحكم في المواضع التي يسجد فيها عليه السلام إلى أشباهها في هذه الآثار الصحيحة ثلاثة مذاهب أحدها مذهب الترجيح والثاني مذهب الجمع والثالث الجمع بين الجمع والترجيح فمن رجح حديث ابن بحنة قال السجود قبل السلام واحتج لذلك بحديث أبي سعيد الخدري الثابت أنه عليه السلام قال إذا شك أحدكم في صلاته فلم يدركم صلى ثلاثاً أم أربعاً فليصل ركعة وليسجد سجدتين وهو جالس قبل التسليم فإن كانت الركعة التي صلاها خمسة شفعها بهاتين السجدتين وإن كانت أربعة فالسجدتان ترغيم للشيطان قالوا ففيه السجود لزيادة قبل السلام لأنها ممكنة الوقوع خامسة واحتجوا لذلك أيضاً بما روى عن ابن شهاب أنه قال كان آخر الأمرين من رسول الله صلى الله عليه وسلم السجود قبل السلام وأما من رجح حديث ذي اليمين فقال السجود بعد السلام واحتجوا لترجيح هذا الحديث بأن حديث ابن بحنة قد عارضه حديث المغيرة بن شعبه أنه عليه السلام قام من اثنتين ولم يجلس ثم سجد بعد السلام قال أبو عمر ليس مثله في النقل فيعارض به واحتجوا أيضاً بذلك بحديث ابن مسعود الثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى خمسا ماضياً وسجد للسهو بعد السلام وأما من ذهب مذهب الجمع فانهم قالوا إن هذه الأحاديث لا تتناقض وذلك أن السجود فيها بعد السلام إنما هو في الزيادة والسجود قبل السلام في النقصان فوجب أن يكون حكم السجود في سائر المواضع كما هو في هذا الموضع قالوا وهو أولى من جعل الأحاديث على التعارض وأما من ذهب مذهب الجمع والترجيح فقال يسجد في المواضع التي يسجد فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم على النحو الذي يسجد فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم فإن ذلك هو حكم تلك المواضع وأما المواضع التي لم يسجد فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم فالحكم فيها السجود قبل السلام فكأنه قاس على المواضع التي يسجد فيها عليه الصلاة والسلام قبل السلام ولم يقس على المواضع التي يسجد فيها بعد السلام وأبقى سجود المواضع التي يسجد فيها على ما يسجد فيها فمن جهة أنه أبقى حكم هذه المواضع على ما وردت عليه وجعلها مستثناة الأحكام هو ضرب من الجمع ورفع للتعارض بين مفهومها ومن جهة أنه عدى مفهوم بعضها دون بعض وألحق به السكوت عنه فذلك ضرب من الترجيح أعني أنه قاس على السجود الذي قبل السلام ولم يقس على الذي بعده وأما من لم يفهم من هذه الأفعال حكماً خارجاً عنها

وقصر حكمها على أنفسها وهم أهل الظاهر فاقصر وبالسجود على هذه المواضع فقط وأما أحمد بن حنبل فجاء نظره مختلطا من نظر أهل الظاهر ونظر أهل القياس وذلك أنه اقصر بالسجود كما قلنا بعد السلام على المواضع التي ورد فيها الأثر ولم يعده وعدى السجود الذي ورد في المواضع التي قبل السلام ولكل واحد من هؤلاء أدلة يرجح بهامته من جهة القياس أعني لأصحاب القياس وليس قصدنا في هذا الكتاب في الأثر ذكر الخلاف الذي يوجب القياس كما ليس قصدنا ذكر المسائل المسكوت عنها في الشرع إلا في الأقل وذلك إمامنا من حيث هي مشهورة وأصل تغيرها وإمامنا من حيث هي كثيرة الوقوع والمواضع الخمسة التي فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم أحدها أنه قام من اثنتين على ماجاء في حديث ابن بريدة والثاني أنه سلم من اثنتين على ماجاء في حديث ذي الدين والثالث أنه صلى خمسا على ما في حديث ابن عمر خرج به مسلم والبخاري والرابع أنه سلم من ثلاث على ما في حديث عمران بن الحصين والخامس السجود عن الشك على ماجاء في حديث أبي سعيد الخدري وسيأتي بعد واختلفوا لما إذا يجب سجود السهو فقبل يجب للزيادة والنقصان وهو الأشهر وقبل للسهو نفسه وبه قال أهل الظاهر والشافعي

❦ الفصل الثالث ❦

وأما الأقوال والأفعال التي يسجد لها فإن القائلين بسجود السهو لكل نقصان أو زيادة وقعت في الصلاة على طريق السهو اتفقوا على أن السجود يكون عن سنن الصلاة دون الفرائض ودون الرغائب فالرغائب لا شيء عندهم فيها أعني إذا سهوا عنها في الصلاة مالم يكن أكثر من رغبة واحدة مثل ما يرى مالك أنه لا يجب سجود من نسيان تكبيرة واحدة ويجب من أكثر من واحدة وأما الفرائض فلا يجزئ عنها إلا الاتيان بها وجبها إذا كان السهو عنها مما لا يوجب إعادة الصلاة بأسرها على ما تقدم فيها يوجب إعادة وما يوجب القضاء أعني على من ترك بعض أركان الصلاة (٣) وأما سجود السهو للزيادة فإنه يقع عند الزيادة في الفرائض والسنن جميعا فهذه الجلة لا اختلاف بينهم فيها وإنما يختلفون من قبل اختلافهم فيها منها فرض أو ليس بفرض وفيها هو منها سنة أو ليس بسنة وفيها هو منها سنة أو رغبة مثال ذلك أن عند مالك ليس يسجد لترك الفتوة لأنه عنده مستحب ويسجد له عند الشافعي لأنه عنده سنة وليس يخفى عليك هذا ما تقدم القول فيه من اختلافهم بين ما هو سنة أو فريضة أو رغبة وعند مالك وأصحابه سجود السهو للزيادة اليسيرة في الصلاة وإن كانت من غير جنس الصلاة وينبغي أن تعلم أن السنة والرغبة هي عندهم من باب الندب وإنما يختلفان عندهم بالأقل والأكثر أعني في تأكيدهما الأمر بها وذلك راجع إلى قرآن أحوال تلك العبادة ولذلك يكثر اختلافهم في هذا الجنس كثيرا حتى إن بعضهم يرى أن في بعض السنن ما إذا تركت عمدا إن كانت فعلا أو فعلت عمدا إن كانت تركا أن حكمها حكم الواجب أعني في تعلق الأثم بها وهذا موجود كثيرا لأصحاب مالك وكذلك تجدهم قد اتفقوا ما خلا أهل الظاهر على أن تارك السنن المتكررة بالجملة آثم مثل لوترك إنسان الوتر أو ركعتي الفجر دائما لكان مفسقا آثما فكان العبادات بحسب هذا النظر منها ما هي فرض بعينها وجنسها مثل الصلوات الخمس ومنها ما هي سنة بعينها فرض بجنسها مثل الوتر وركعتي الفجر وما أشبه ذلك من السنن وكذلك قد تكون عند بعضهم الرغائب

رغائب بعينها من بحسب ما مثل ما حكينا عن مالك من إيجاب السجود لأكثر من تكبيرة واحدة أعني السهو عنها ولا تكون فيما أحسب عند هؤلاء سنة بعينها وجنسها وأما أهل الظاهر فالسنة عندهم هي سنة بعينها لقوله عليه الصلاة والسلام للأعرابي الذي سأله عن فروض الإسلام أفعل إن صدق دخل الجنة إن صدق وذلك بعد أن قاله والله لأزبد على هذا ولا أقص منه يعني القرائن وقد تقدم هذا الحديث واتفقوا من هذا الباب على سجود السهو لترك الجلسة الوسطى واختلفوا فيها هل هي فرض أو سنة وكذلك اختلفوا هل يرجع الإمام إذا أصبح به إليها أو ليس يرجع وإن رجع فخي رجح فقال الجمهور يرجع مالم يستوف قائمًا وقال قوم يرجع مالم يعقد الركعة الثالثة وقال قوم لا يرجع إن فارق الأرض قيد شهر وإذا رجع عند الذين لا يرون رجوعه فالجمهور على أن صلاته جائزة وقال قوم تبطل صلاته

❦ الفصل الرابع ❦

وأما صفة سجود السهو فانهم اختلفوا في ذلك فرأى مالك أن حكم سجدتي السهو إذا كانت بعد السلام أن يشهد فيها ويسلم منها وبه قال أبو حنيفة لأن السجود كله عنده بعد السلام وإذا كانت قبل السلام أن يشهد لها فقط وإن السلام من الصلاة هو سلام منها وبه قال الشافعي إذا كان السجود كله عنده قبل السلام وقد روى عن مالك أنه لا يشهد للتي قبل السلام وبه قال جماعة قال أبو عمر أما السلام من التي بعد السلام فثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم وأما التشهد فلا يحفظه من وجه ثابت وسبب هذا الاختلاف هو اختلافهم في تصحيح ما ورد من ذلك في حديث ابن مسعود أعني من أنه عليه الصلاة والسلام تشهد ثم سلم وتشبيه سجدتي السهو بالسجدتين الأخيرتين من الصلاة فمن شبههما لم يوجب لها التشهد وبخاصة إذا كانت في نفس الصلاة وقال أبو بكر بن المنذر اختلف العلماء في هذه المسئلة على ستة أقوال فقالت طائفة لا تشهد فيها ولا تسليم وبه قال أنس بن مالك والحسن وعطاء وقال قوم مقابل هذا وهو أن فيها تشهد أو تسليما وقال قوم فيها تشهد فقط دون تسليم وبه قال الحكم وجاد والنخعي وقال قوم مقابل هذا وهو أن فيها تسليما وليس فيها تشهد وهو قول ابن سيرين والقول الخامس أن شاء تشهد وسلم وإن شاء لم يفعل روى ذلك عن عطاء والسادس قول أحمد بن حنبل أنه إن سجد بعد السلام تشهد وإن سجد قبل السلام لم يشهد وهو الذي حكيناه نحن عن مالك قال أبو بكر قد ثبت أنه صلى الله عليه وسلم كبر فيها أربع تكبيرات وأنه سلم وفي ثبوت تشهدها نظر

❦ الفصل الخامس ❦

اتفقوا على أن سجود السهو من سنة المنفرد والإمام واختلفوا في المأموم يسهو وراء الإمام هل عليه سجود أم لا فذهب الجمهور إلى أن الإمام يحمل عنه السهو وشتمكحول فأزبه السجود في خاصة نفسه وسبب اختلافهم اختلفوا فيما يحمل الإمام من الأركان عن المأموم ومالا يحمله واتفقوا على أن الإمام إذا سها ان المأموم يتبعه في سجود السهو وإن لم يتبعه في سهوه واختلفوا متى يسجد المأموم إذا فاتته مع الإمام بعض الصلاة وعلى الإمام سجود سهوه فقال قوم يسجد مع الإمام ثم يقوم لقضاء ما عليه وسواء كان سجوده قبل السلام أو بعده وبه قال عطاء والحسن والنخعي والشعبي وأحمد وأبو ثور وأصحاب الرأي وقال قوم يقضى ثم يسجد وبه قال ابن سيرين وإسحق وقال قوم إذا سجد قبل التسليم

سجدهما معه وان سجد بعد التسليم سجدهما بعد أن يقضى وبه قال مالك والليث والأوزاعي وقال قوم يسجد هما مع الامام ثم يسجد هما ثانية بعد القضاء وبه قال الشافعي وسبب اختلافهم اختلافهم أي أولى وأخلق أن يتبعه في السجود مصاحبه له وفي آخر صلاته فكأنهم اتفقوا على أن الاتباع واجب لقوله عليه الصلاة والسلام إنما جعل الامام ليؤتم به واختلفوا هل موضعها للمأموم هو موضع السجود أعني في آخر الصلاة أو موضعها هو وقت سجود الامام فمن آثر مقارنة فعله لفعل الامام على موضع السجود ورأى ذلك شرطاً في الاتباع أعني أن يكون فعلهما واحداً حقاً قال يسجد مع الامام وإن لم يأت بها في موضع السجود ومن آثر موضع السجود قال يؤخرها إلى آخر الصلاة ومن أوجب عليه الأمرين أوجب عليه السجود مرتين وهو ضعيف ﴿ الفصل السادس ﴾

واتفقوا على أن السنة لمن سها في صلاته أن يسبح له وذلك للرجل لما ثبت عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال مالي أراكم أكثرتم من التصفيق من نابه شيء في صلاته فليسبح فإنه إذا سبح التفت اليه وإنما التصفيق للنساء واختلفوا في النساء فقال مالك وجاعة أن التسبيح للرجال والنساء وقال الشافعي وجاعة للرجال التسبيح وللنساء التصفيق والسبب في اختلافهم اختلافهم في مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام وإنما التصفيق للنساء فمن ذهب إلى أن معنى ذلك أن التصفيق هو حكم النساء في السهو وهو الظاهر قال النساء يصفقن ولا يسبحن ومن فهم من ذلك التمسك للتصفيق قال الرجال والنساء في التسبيح سواء وفيه ضعف لأنه خروج عن الظاهر بغير دليل الأثر تقاس المرأة في ذلك على الرجل والمرأة كثيراً ما يخالف حكمها في الصلاة حكم الرجل ولذلك يضعف القياس وأما سجود السهو الذي هو موضع الشك فإن الفقهاء اختلفوا فمن شك في صلاته فلم يدرك صلى أو واحدة أو اثنتين أو ثلاثاً وأربعاً على ثلاثة مذاهب فقال قوم يبنى على اليقين وهو الأقل ولا يجزئ به التحري ويسجد سجدة في السهو وهو قول مالك والشافعي وداود وقال أبو حنيفة إن كان أول أمره فسدت صلاته وإن تكررت ذلك منه تحري وعمل على غلبة الظن ثم يسجد سجدةً بعد السلام وقالت طائفة إنه ليس عليه إذا شك لارجوع إلى يقين ولا تحري وإنما عليه السجود فقط إذا شك والسبب في اختلافهم تعارض ظواهر الآثار الواردة في هذا الباب وذلك أن في هذا الباب ثلاثة آثار أحدها حديث البناء على اليقين وهو حديث أبي سعيد الخدري قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا شك أحدكم في صلاته فلم يدرك صلى أو ثلاثاً أم أربعاً فليطرح الشك وليبن على ما استيقن ثم يسجد سجدةً قبل أن يسلم فإن كان صلى خمساً شفع له صلاته وإن كان صلى أتمماً لأربع كان تأثره للشیطان خروجه مسلم والثاني حديث ابن مسعود أن النبي عليه الصلاة والسلام قال إذا سها أحدكم في صلاته فليتحري وليسجد سجدةً وفي رواية أخرى عنه فلينظر أخرى ذلك إلى الصواب ثم يسلم ثم يسجد سجدةً في السهو ويتشهد ويسلم والثالث حديث أبي هريرة خروجه مالك والبخاري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال إن أحدكم إذا قام يصلي جاءه الشيطان فليش عليه حتى لا يدري كم صلى فإذا وجد ذلك أحدكم فليسجد سجدةً وهو جالس وفي هذا المعنى أيضاً حديث عبد الله بن جعفر خروجه أبو داود أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من شك في صلاته فليسجد سجدةً بعلمها ويسلم فذهب الناس في هذه الأحاديث منذهب الجح ومنذهب الترجيح والذين ذهبوا

مذهب الترجيح منهم من لم يلتفت الى المعارض ومنهم من رام تأويل المعارض وصرفه الى الذى رجح ومنهم من جمع الأمرين أعنى جمع بعضها ورجح بعضها وأول غير المرجح الى معنى المرجح ومنهم من جمع بين بعضها وأسقط حكم البعض فامان ذهب مذهب الجمع في بعض والترجيح في بعض مع تأويل غير المرجح وصرفه الى المرجح فمالك بن أنس فانه حل حديث أبي سعيد الخدري على الذى لم يستنكحه الشك وحل حديث أبي هريرة على الذى يغلب عليه الشك ويستنكحه وذلك من باب الجمع وتأويل حديث ابن مسعود على أن المراد بالتحري هنالك هو الرجوع الى اليقين فأثبت على مذهبه الأحاديث كلها وأما من ذهب مذهب الجمع بين بعضها واسقاط البعض وهو الترجيح من غير تأويل المرجح عليه فأبو حنيفة فانه قال ان حديث أبي سعيد انما هو حكم من لم يكن عنده ظن غالب يعمل عليه وحديث ابن مسعود على الذى عنده ظن غالب وأسقط حكم حديث أبي هريرة وذلك انه قال ما في حديث أبي سعيد وابن مسعود زيادة والزيادة يجب قبولها والأخذ بها وهذا أيضا كأنه ضرب من الجمع وأما الذى رجح بعضها وأسقط حكم البعض فالذين قالوا انما عليه السجود فقط وذلك ان هؤلاء رجحوا حديث أبي هريرة وأسقطوا حديث أبي سعيد وابن مسعود ولذلك كان أضغاث الأقوال فهذا ما رأينا أن ثبته في هذا القسم من قسمي كتاب الصلاة وهو القول في الصلاة المفروضة فلنصر بعد الى القول في القسم الثاني من الصلاة الشرعية وهي الصلوات التي ليست فروض عين

﴿ كتاب الصلاة الثاني ﴾

ولأن الصلاة التي ليست بفروضة على الأعيان منها ما هي سنة ومنها ما هي نفل ومنها ما هي فرض على الكفاية وكانت هذه الأحكام منها ما هو متفق عليه ومنها ما هو مختلف فيه رأينا أن نفرد القول في واحدة واحدة من هذه الصلوات وهي بالجملة عشر ركعتا الفجر والوتر والنفل وركعتا دخول المسجد والقيام في رمضان والكسوف والاستسقاء والعیدان وسجود القرآن فانه صلاة مما يشغل هذا الكتاب على عشرة أبواب والصلاة على الميت نذكرها على حدة في باب أحكام الميت على ما جرت به عادة الفقهاء وهو الذى يترجمونه بكتاب الجنائز

﴿ الباب الأول ﴾

القول في الوتر واختلفوا في الوتر في خمسة مواضع منها في حكمه ومنها في صفته ومنها في وقته ومنها في الفتوى فيه ومنها في صلاته على الراحلة أما حكمه فقد تقدم القول فيه عند بيان عدد الصلوات المفروضة وأما صفة فان مالك رحمه الله استحباب أن يوتر بثلاث يفصل بينها بسلام وقال أبو حنيفة الوتر ثلاث ركعات من غير أن يفصل بينها بسلام وقال الشافعي الوتر ركعة واحدة ولكل قول من هذه الأقاويل سلف من الصحابة والتابعين والسبب في اختلافهم اختلاف الآثار في هذا الباب وذلك انه ثبت عنه عليه الصلاة والسلام من حديث عائشة أنه كان يصلي من الليل إحدى عشرة ركعة يوتر منها بواحدة وثبت عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال صلاة الليل مثنى مثنى فإذا رأيت ان الصبح بدركك فأوتر بواحدة وخرج مسلم عن عائشة أنه عليه الصلاة والسلام كان يصلي ثلاث عشرة ركعة ويوتر من ذلك بخمس لا يجلس في شيء الا في آخرها وخرج أبو داود عن أبي أيوب الانصاري أنه عليه الصلاة والسلام

قال الوتر حق على كل مسلم فمن أحب أن يوتر بخمس فليفعل ومن أحب أن يوتر بثلاث فليفعل ومن أحب أن يوتر بواحدة فليفعل وخرج أبو داود أنه كان يوتر بسبع وتسع وخمس وخرج عن عبد الله بن قيس قال قلت لعائشة بكم كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يوتر قالت كان يوتر بأربع وثلاث وست وثلاث وثمان وثلاث وعشر وثلاث ولم يكن يوتر بأكثر من سبع ولا بأكثر من ثلاث عشرة وحديث ابن عمر عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال المغرب وتر صلاة النهار فذهب العلماء في هذه الأحاديث منذهب الترجيح فمن ذهب إلى أن الوتر ركعة واحدة فصبر إلى قوله عليه الصلاة والسلام فإذا خشيت الصبح فأوتر بواحدة وإلى حديث عائشة أنه كان يوتر بواحدة ومن ذهب إلى أن الوتر ثلاث من غير أن يفصل بينها وقصر حكم الوتر على الثلاث فقط فليس يصح أن له يحتج بشئ مما في هذا الباب لأنها كلها تقتضي التخيير ما عدا حديث ابن عمر أنه قال عليه الصلاة والسلام المغرب وتر صلاة النهار فإن لأبي حنيفة أن يقول أنه إذا شئ بشئ وجعل حكمهما واحداً كان المشبه به أحرى أن يكون بتلك الصفة ولما شبهت المغرب بوتر صلاة الليل وكانت ثلاثاً وجب أن يكون وتر صلاة الليل ثلاثاً وأما مالك فإنه تمسك في هذا الباب بأنه عليه الصلاة والسلام لم يوتر قط إلا في أثر شفع فرأى أن ذلك من سنة الوتر وإن أقل ذلك ركعتان فالوتر عنده على الحقيقة أمان أن يكون ركعة واحدة ولكن من شرطها أن يتقدمها شفع وأما أن يرى أن الوتر للمأمور به هو يشعل على شفع ووتر فإنه إذا زيد على الشفع وتر صار الكل وترًا ويشهد لهذا المنهج حديث عبد الله بن قيس المتقدم فإنه سمي الوتر فيه العدد المركب من شفع ووتر ويشهد لاعتقاده أن الوتر هو الركعة الواحدة أنه كان يقول كيف يوتر بواحدة ليس قبلها شئ وأى شئ يوتره وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم توتره ما قد صلى فإن ظاهر هذا القول أنه كان يرى أن الوتر الشرعي هو العدد الوتر بنفسه أعني الغير مركب من الشفع والوتر وذلك أن هذا هو وتر غيره وهذا التأويل عليه أولى والحق في هذا أن ظاهر هذه الأحاديث يقتضي التخيير في صفة الوتر من الواحدة إلى التسع على ما روي ذلك من فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم والنظر انما هو في هل من شرط الوتر أن يتقدمه شفع منفصل أم ليس ذلك من شرطه فيشبهه أن يقال ذلك من شرطه لأنه هكذا كان يوتر رسول الله صلى الله عليه وسلم ويشبهه أن يقال ليس ذلك من شرطه لأن مسلماً قد خرج أنه عليه الصلاة والسلام كان إذا انتهى إلى الوتر أيقظ عائشة فأوترت وظاهر أنها كانت توتر دون أن تقدم على وترها شفعاً وأيضاً فإنه قد خرج من طريق عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يوتر بتسع ركعات يجلس في الثامنة والتاسعة ولا يسلم إلا في التاسعة ثم يصلي ركعتين وهو جالس فتلك إحدى عشرة ركعة فلما أسن وأخذ اللحم أوتر بسبع ركعات لم يجلس إلا في السادسة والسابعة ولم يسلم إلا في السابعة ثم يصلي ركعتين وهو جالس فتلك تسع ركعات وهذا الحديث الوتر فيه مقدم على الشفع فبهيحة على أنه ليس من شرط الوتر أن يتقدمه شفع وإن الوتر ينطلق على الثلاث ومن الحق في ذلك ما روي أبو داود عن أبي ابن كعب قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يوتر بسبع اسم ربك الأعلى وقل يا أيها الكافرون وقل هو الله أحد وعن عائشة مثله وقالت في الثالثة بقل هو الله أحد والمعوذتين وأما وقته فإن العلماء اتفقوا على أن وقته من بعد صلاة العشاء إلى طلوع الفجر لورود ذلك من طرق شتى عنه عليه الصلاة

والسلام ومن أثبت ما في ذلك ما خرجه مسلم عن أبي نضرة العوفي أن أبا سعيد أخبرهم أنهم سألو النبي صلى الله عليه وسلم عن الوتر فقال الوتر قبل الصبح واختلفوا في جواز صلاته بعد الفجر فقوم منهموا ذلك وقوم أجازوه ما لم يصل الصبح والقول الأول قال أبو يوسف ومحمد بن الحسن صاحب أبي حنيفة وسفيان الثوري والثاني قال مالك والشافعي وأحمد وسبب اختلافهم معارضة عمل الصحابة في ذلك للأثر وذلك أن ظاهر الآثار الواردة في ذلك أن لا يجوز أن يصلي بعد الصبح كحديث أبي نضرة المتقدم وحديث أبي حنيفة العدي نص في هذا خرجه أبو داود وفيه وجعلها لكم ما بين صلاة العشاء إلى أن يطلع الفجر ولا خلاف بين أهل الأصول أن ما بعد إلى بخلاف ما قبلها إذا كانت غاية وإن هذا وإن كان من باب دليل الخطاب فهو من أنواعه المتفق عليها مثل قوله (وأتموا الصيام إلى الليل) وقوله إلى المرفقين لا خلاف بين العلماء أن ما بعد الغاية بخلاف الغاية وأما العمل المخالف في ذلك للأثر فإنه روى عن ابن مسعود وابن عباس وعبد بن الصامت وحذيفة وأبي بردة وعائشة أنهم كانوا يوترون بعد الفجر وقبل صلاة الصبح ولم يرو عن غيرهم من الصحابة خلاف هذا وقد رأى قوم أن مثل هذا هو داخل في باب الإجماع ولا معنى لهذا فإنه ليس ينسب إلى ساكت قول قائل أعني أنه ليس ينسب إلى الإجماع من لم يعرفه قول في المسئلة وأما هذه المسئلة فكيف يصح أن يقال أنه لم يرو في ذلك خلاف عن الصحابة وأي خلاف أعظم من خلاف الصحابة الذين رويوا هذه الأحاديث أعني خلافهم هؤلاء الذين أجازوا صلاة الوتر بعد الفجر والذي عندي في هذا أن هذا من فعلهم ليس مخالفا للأثر الواردة في ذلك أعني في إجازتهم الوتر بعد الفجر بل إجازتهم ذلك هو من باب القضاء لا من باب الأداء وإنما يكون قولهم خلاف الآثار لو جعلوا صلاته بعد الفجر من باب الأداء فتأمل هذا وإنما يتطرق اختلاف هذه المسئلة من باب اختلافهم في هل القضاء في العبادة المؤقتة يحتاج إلى أمر جديد أم لا أعني غير أمر الأداء وهذا التأويل بهم ليق فإن أكثر ما نقل عنهم هذا المنه من أنهم أبصروا يقضون الوتر قبل الصلاة وبعد الفجر وإن كان الذي نقل عن ابن مسعود في ذلك قولاً أعني أنه كان يقول أن وقت الوتر من بعد العشاء الآخرة إلى صلاة الصبح فليس يجب لمكان هذا أن يظن بجميع من ذكرناه من الصحابة أنه يذهب هذا المنه من قبل أنه أبصر يصلي الوتر بعد الفجر فينبغي أن تتأمل صفة النقل في ذلك عنهم وقد حكى ابن المنذر في وقت الوتر عن الناس خمسة أقوال منها القولان المشهوران اللذان ذكرتهما والقول الثالث أنه يصلي الوتر وإن صلى الصبح وهو قول طائوس والرابع أنه يصليها وإن طلعت الشمس وبه قال أبو ثور والأوزاعي والخامس أنه يوتر من الليلة القابلة وهو قول سعيد بن جبير وهذا الاختلاف انما سببه اختلافهم في تأكيده وقربه من درجة الفرض فمن رآه أقرب أوجب القضاء في زمان أبعد من الزمان المختص به ومن رآه أبعد أوجب القضاء في زمان أقرب ومن رآه سنة كسائر السنن ضعف عنده القضاء إذ القضاء انما يجب في الواجبات وعلى هذا يوجب اختلافهم في قضاء صلاة العيدين فاتته وينبغي ألا يفرق في هذا بين النذر والواجب أعني أن من رأى أن القضاء في الواجب يكون بأمر متجدد أن يعتقد مثل ذلك في النذر بمن رأى أنه يجب بالأمر الأول أن يعتقد مثل ذلك في النذر وأما اختلافهم في القنوت فيه فذهب بوحنيفة وأصحابه إلى أنه يفتن فيه ومنعه مالك وأجاز الشافعي في أخذ قوله في النصف الآخر من رمضان

وأجازهم قوم في النصف الأول من رمضان وقوم في رمضان كله والسبب في اختلافهم في ذلك اختلاف الآثار وذلك أنه روي عنه صلى الله عليه وسلم القنوت مطلقا وروى عنه القنوت شهرا وروى عنه أن آخر أمره لم يكن يقنت في شيء من الصلاة وأنه نهى عن ذلك وقد تقدمت هذه المسئلة وأما صلاة الوتر على الراحة حيث توجهت به فإن الجمهور على جواز ذلك لثبوت ذلك من فعله عليه الصلاة والسلام أعني أنه كان يوتر على الراحة وهو ما يعقدونه في الحجة على أنها ليست بفرض إذا كان قد صبح عنه عليه الصلاة والسلام أنه كان يتنفل على الراحة ولم يصح عنه أنه صلى قط مفروضة على الراحة وأما الحنفية فلمكان اتفاقهم معهم على هذه المقسمة وهوان كل صلاة مفروضة لاتصل على الراحة واعتقادهم أن الوتر فرض ويجب عندهم من ذلك أن لاتصل على الراحة وردوا الخبر بالقياس وذلك ضعيف وذهب أكثر العلماء إلى أن المرء إذا أوتر ثم نام فقام يتنفل أنه لا يوتر ثانية لقوله عليه الصلاة والسلام لاوترن في ليلة خرج ذلك أبو داود وذهب بعضهم إلى أنه يشفع الوتر الأول بأن يضيف اليه ركعة ثانية ويوتر أخرى بعد التنفل شغعا وهي المسئلة التي يعرفونها بنقص الوتر وفيه ضعف من وجهين أحدهما أن الوتر ليس ينقلب إلى التنفل بتسليمه والثاني أن التنفل بواحدة غير معروف من الشرع ويجوز هذا ولا يجوز هوسبب اختلاف في ذلك فمن راعى من الوتر المعنى المعقول وهو ضد الشفع قال ينقلب شغعا إذا أضيف اليه ركعة ثانية ومن راعى منه المعنى الشرعي قال ليس ينقلب شغعا لأن الشفع نفل والوتر سنة مؤكدة أو واجبة

باب الثاني في ركعتي الفجر

وانفقوا على أن ركعتي الفجر سنة لعاهدته عليه الصلاة والسلام على فعلها أكثر منه على سائر النوافل وترغيبه فيها ولأنه قضاهما بعد طلوع الشمس حين نام عن الصلاة واختلفوا من ذلك في مسائل أحدها في المستحب من القراءة فيهما فعند مالك المستحب أن يقرأ فيهما بأم القرآن فقط وقال الشافعي لا بأس أن يقرأ فيهما بأم القرآن مع سورة قصيرة وقال أبو حنيفة لا توقف فيهما في القراءة يستحب وأنه يجوز أن يقرأ فيهما البرء حزبه من الليل والسبب في اختلافهم اختلاف قراءته عليه الصلاة والسلام في هذه الصلاة واختلافهم في تعيين القراءة في الصلاة وذلك أنه روي عنه عليه الصلاة والسلام أنه كان يخفف ركعتي الفجر على ما رويته عائشة قالت حتى أتى أقول أقرأ فيهما بأم القرآن أم لا فظاهر هذا أنه كان يقرأ فيهما بأم القرآن فقط وروي عنه من طريق أبي هريرة أخرجه أبو داود أنه كان يقرأ فيهما بقل هو الله أحد وقل يأيتها الكافرون فمن ذهب منهج حديث عائشة اختار قراءة أم القرآن فقط ومن ذهب منهج الحديث الثاني اختار أم القرآن وسورة قصيرة ومن كان على أصله في أنه لاتتعين القراءة في الصلاة لقوله تعالى (فاقرؤا ما تيسر منه) قال يقرأ فيهما ما أحب والثانية في صفة القراءة المستحبة فيهما فذهب مالك والشافعي وأكثر العلماء إلى أن المستحب فيهما هو الاسرار وذهب قوم إلى أن المستحب فيهما هو الجهر وخير قوم في ذلك بين الاسرار والجهر والسبب في ذلك تعارض مفهوم الآثار وذلك أن حديث عائشة المتقدم المفهوم من ظاهره أنه عليه الصلاة والسلام يقرأ فيهما سرا ولولا ذلك لم تشك عائشة هل قرأ فيهما بأم القرآن أم لا وظاهر ما روى أبو هريرة أنه كان يقرأ فيهما بقل يأيتها الكافرون وقل هو الله أحد أن قراءته عليه السلام فيهما كانت جهرًا ولولا ذلك ما علم أبو هريرة

ما كان يقرأ فيهما فمن ذهب منه التبرجيع بين هذين الأثرين قال أما بختيار الجهر ان رجح حديث أبي هريرة وأما بختيار الاسرار ان رجح حديث عائشة ومن ذهب منه الجمع قال بالتخير والثالثة في الذي لم يصل ركعتي الفجر وأدرك الامام في الصلاة أو دخل المسجد ليصليهما فأقيمت الصلاة فقال مالك اذا كان قد دخل المسجد فأقيمت الصلاة فليدخل مع الامام في الصلاة ولا يركعهما في المسجد والامام يصلي الفرض وان كان لم يدخل المسجد فان لم يخف أن يفوته الامام بركعة فليركعهما خارج المسجد وان خاف فوات الركعة فليدخل مع الامام ثم يصليهما اذا طلعت الشمس ووافق أبو حنيفة مالك في الفرق بين أن يدخل المسجد ولا يدخله وخالفه في الحنفية ذلك فقال يركعهما خارج المسجد ما ظن انه يدرك ركعة من الصبح مع الامام وقال الشافعي اذا أقيمت الصلاة المكتوبة فلا يركعهما أصلاً لادخل المسجد ولا خارجه وحكي ابن المنذر ان قوماً جاوزوا ركوعهما في المسجد والامام يصلي وهو شاذ والسبب في اختلافهم اختلافهم في مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام اذا أقيمت الصلاة فلا صلاة الا المكتوبة فمن حل هذا على عموم لم يحز صلاة ركعتي الفجر اذا أقيمت الصلاة المكتوبة لا خارج المسجد ولا داخله ومن قصره على المسجد فقد أجاز ذلك خارج المسجد ما لم تفته الفريضة أو لم يفته منها جزء ومن ذهب منه العموم فالعلة عنده في النهي انما هو الاشتغال بالنقل عن الفريضة ومن قصر ذلك على المسجد فالعلة عنده ان تكون صلاتان معا في موضع واحد لمكان الاختلاف على الامام كما روى عن أبي سعدة بن عبد الرحمن أنه قال سمع قوم الاقامة فقاموا يصلون فخرج عليهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أصلاتان معا أصلاتان معا قال وذلك في صلاة الصبح والركعتين اللتين قبل الصبح وانما اختلف مالك وأبو حنيفة في القدر الذي يراعى من فوات صلاة الفريضة من قبل اختلافهم في القدر الذي به يفوت فضل صلاة الجماعة للشتغل بركعتي الفجر اذ كان فضل صلاة الجماعة عندهم أفضل من ركعتي الفجر فمن رأى انه بفوات ركعة منها يفوته فضل صلاة الجماعة قال يتشاغل بها ما لم تفته ركعة من الصلاة المفروضة ومن رأى انه يدرك الفضل اذا أدرك ركعة من الصلاة لقوله عليه الصلاة والسلام من أدرك ركعة من الصلاة فقد أدرك الصلاة أى قد أدرك فضلها وحل ذلك على عمومه في تارك ذلك قصداً أو بغير اختيار قال يتشاغل بها ما ظن انه يدرك ركعة منها ومالك انما يحمل هذا الحديث والله أعلم على من فاتته الصلاة دون قصد منه لفواتها ولذلك رأى انه اذا فاتته منها ركعة فقد فاتته فضلها وأما من أجاز ركعتي الفجر في المسجد والصلاة تمام فالسبب في ذلك أحد أمرين اما أنه لم يصح عنده هذا الأثر أو لم يباينه قال أبو بكر بن المنذر هو أثر ثابت أعنى قوله عليه الصلاة والسلام اذا أقيمت الصلاة فلا صلاة الا المكتوبة وكذلك صححه أبو عمر بن عبد البر واجازة ذلك تروى عن ابن مسعود والرابعة في وقت قضائها اذا قامت حتى صلى الصبح فان طائفة قالت يقضيها بعد صلاة الصبح وبه قال عطاة وابن جريج وقال قوم يقضيها بعد طلوع الشمس ومن هؤلاء من جعل لها هذا الوقت غير متسع ومنهم من جعله لها متسعاً فقال يقضيها من ليل طلوع الشمس الى وقت الزوال ولا يقضيها بعد الزوال وهؤلاء الذين قالوا بالقضاء منهم من استحب ذلك ومنهم من خيفه والأصل في قضائها صلاته لها عليه الصلاة والسلام بعد طلوع الشمس حين نام عن الصلاة

﴿الباب الثالث في النوافل﴾

واختلفوا في النوافل هل تنى أو تربع أو تثلث فقال مالك والشافعي صلاة التطوع بالليل والنهار مثنى مثنى يسلم في كل ركعتين وقال أبو حنيفة إن شاء ثنى أو ثلث أو ربع أو سدس أو ثمن دون أن يفصل بينهما بسلام وفرق قوم بين صلاة الليل وصلاة النهار فقالوا صلاة الليل مثنى مثنى وصلاة النهار أربع وأربع في اختلافهم اختلاف الآثار الواردة في هذا الباب وذلك أنه ورد في هذا الباب من حديث ابن عمر أن رجلا سأل النبي عليه الصلاة والسلام عن صلاة الليل فقال صلاة الليل مثنى مثنى فإذا خشي أحدهم الصبح صلى ركعة واحدة توتر له ما قد صلى وثبت عنه عليه الصلاة والسلام أنه كان يصلي قبل الظهر ركعتين وبعدها ركعتين وبعده المغرب ركعتين وبعدها جمع ركعتين وقبل العصر ركعتين فمن أخذ بهذين الحديثين قال صلاة الليل والنهار مثنى مثنى وثبت أيضا من حديث عائشة أنها قالت وقد وصفت صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يصلي أربعة فلا تسأل عن حسنهن وطولهن ثم يصلي أربعة فلا تسأل عن حسنهن وطولهن ثم يصلي ثلاثا قالت فقلت يا رسول الله ألتئم قبل أن توتر قال يا عائشة إن عيني تنامان ولا ينام قلبي وثبت عنه أيضا من طريق أبي هريرة أنه قال عليه الصلاة والسلام من كان يصلي بعد الجمعة فليصل أربعة وروى الأسود عن عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يصلي من الليل تسع ركعات فمما أسن صلى سبع ركعات فمن أخذ أيضا بظاهر هذه الأحاديث جاز التثقل بالأربع والثلاث دون أن يفصل بينهما بسلام والجمهور على أنه لا يتنقل بواحدة وأحسب أن فيه خلافا شاذاً

﴿الباب الرابع﴾

في ركعتي دخول المسجد والجمهور على أن ركعتي دخول المسجد مندوب اليها من غير إيجاب وذهب أهل الظاهر الى وجوبها وسبب الخلاف في ذلك هل الأمر في قوله عليه الصلاة والسلام اذا جاء أحدكم المسجد فليركع ركعتين محمول على الندب وعلى الوجوب فان الحديث متفق على محتمة فمن تمسك في ذلك بما اتفق عليه الجمهور من أن الاصل هو حل الأوامر المطلقة على الوجوب حتى يدل الدليل على الندب ولم يندفع عنه دليل ينقل الحكم من الوجوب الى الندب قال الركعتان واجبتان ومن اقتدح عنده دليل على حل الأوامر ههنا على الندب أو كان الأصل عنده في الأوامر أن تحمل على الندب حتى يدل الدليل على الوجوب فان هذا قد قال به قوم قال الركعتان غير واجبتين لكن الجمهور انما ذهبوا الى حل الأمر ههنا على الندب لمكان التعارض الذي بينه وبين الاحاديث التي تقتضي بظاهرها أو بنصها ان لاصلاة مفروضة الا الصلوات الخمس التي ذكرناها في صدر هذا الكتاب مثل حديث الاعرابي وغيره وذلك انه ان حل الأمر ههنا على الوجوب لزم أن تكون المفروضات أكثر من خمس ولزم أوجبها أن الوجوب ههنا انما هو متعلق بدخول المسجد لا مطلقا كالأمر بالصلوات المفروضة وللفقهاء ان تقييد وجوبها بالمكان شبيه بتقييد وجوبها بالزمان ولأهل الظاهر ان المكان المخصوص ليس من شرط صحة الصلاة والزمان من شرط صحة الصلاة المفروضة واختلف العلماء من هذا الباب فبين جاء المسجد وقدر ركعتي الفجر في بيته هل يركع عند دخوله المسجد أم لا فقال الشافعي يركع وهي رواية أشهب عن مالك وقال أبو حنيفة لا يركع وهي رواية ابن القاسم عن مالك وسبب اختلافهم معارضة عموم قوله

عليه الصلاة والسلام اذا جاء أحدكم المسجد فليركع ركعتين قوله عليه الصلاة والسلام لاصلاة بعد الفجر الا ركعتي الصبح فهنا عموماً وخصوصاً أحدهما في الزمان والآخر في الصلاة وذلك أن حديث الأمر بالصلاة عند دخول المسجد عام في الزمان خاص في الصلاة والنهي عن الصلاة بعد الفجر الا ركعتي الصبح خاص في الزمان عام في الصلاة فمن استثنى خاص الصلاة من علمها رأى الركوع بعد ركعتي الفجر ومن استثنى خاص الزمان من عامه لم يوجب ذلك وقد قلنا ان مثل هذا التعارض اذا وقع فليس يجب أن يصار إلى أحد التخصيصين الا بدليل وحديث النهي لا يعارض به حديث الأمر الثابت والله أعلم فان ثبت الحديث وجب طلب الدليل من موضع آخر.

﴿ الباب الخامس ﴾

وأجمعوا على أن قيام شهر رمضان مرغّب فيه أكثر من سائر الأشهر لقوله عليه الصلاة والسلام من قام رمضان إيماناً واحتساباً غفر له ما تقدم من ذنبه وان التراويح التي جمع عليها عمر بن الخطاب الناس مرغّب فيها وإن كانوا اختلفوا أي أفضل أي أو الصلاة آخر الليل أعني التي كانت صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم لكن الجمهور على أن الصلاة آخر الليل أفضل لقوله عليه الصلاة والسلام أفضل الصلاة صلاتكم في بيوتكم الا المكتوبة ولقول عمر فيها والتي تنامون عنها أفضل واختلفوا في المختار من عدد الركعات التي يقوم بها الناس في رمضان فاختر مالك في أحد قوليّه وأبو حنيفة والشافعي وأحمد وداود القيام بعشرين ركعة سوى الوتر وذكر ابن القاسم عن مالك أنه كان يستحسن ستاً وثلاثين ركعة والوتر ثلاث وبسبب اختلافهم اختلاف النقل في ذلك وذلك أن مالكا روى عن يزن بن رومان قال كان الناس يقومون في زمان عمر بن الخطاب بثلاث وعشرين ركعة وخرج ابن أبي شبة عن داود بن قيس قال أدركت الناس بالمدينة في زمان عمر بن عبد العزيز وأبان بن عثمان يصلون ستاً وثلاثين ركعة ويوترون بثلاث وذكر ابن القاسم عن مالك أنه الأمر القديم يعني القيام بست وثلاثين ركعة.

﴿ الباب السادس في صلاة الكسوف ﴾

اتفقوا على أن صلاة كسوف الشمس سنة وأنه في جماعة واختلفوا في صفتها وفي صفة القراءة فيها وفي الاوقات التي تجوز فيها وهل من شروطها الخطبة أم لا وهل كسوف القمر في ذلك ككسوف الشمس ففي ذلك خمس مسائل أصول في هذا الباب (المسألة الاولى) ذهب مالك والشافعي والجمهور أهل الحجاز وأحمد أن صلاة الكسوف ركعتان في كل ركعة ركوعان وذهب أبو حنيفة والكوفيون إلى أن صلاة الكسوف ركعتان على هيئة صلاة العيد والجمعة والسبب في اختلافهم اختلاف الآثار الواردة في هذا الباب ومخالفة القياس لبعضها وذلك أنه ثبت من حديث عائشة أنها قالت خسفت الشمس في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فصلى بالناس فقام فأطال القيام ثم ركع فأطال الركوع ثم قام فأطال القيام وهو جنون القيام الأول ثم ركع فأطال الركوع وهو دون الركوع الأول ثم رفع فسجد ثم رفع فسجد ثم فعل في الركعة الآخرة مثل ذلك ثم انصرف وقد تجلّت الشمس ولمّا ثبت أيضاً من هذه الواقعة في حديث ابن عباس أعني من ركوعين في ركعة قال أبو عمر هذان الحديثان من أصح ما روى في هذا الباب فمن أخذ بهذين الحديثين وربحهما على غيرهما من قبل النقل قال صلاة الكسوف ركعتان في ركعة ويرد أيضاً

من حديث أبي بكر وسمرة بن جندب وعبد الله بن عمر والنعمان بن بشير انه صلى في الكسوف ركعتين كصلاة العيد قال أبو عمر بن عبد البر وهي كلها آثار مشهورة صحاح ومن أحسنها حديث أبي قلابة عن النعمان بن بشير قال صلى بنا رسول الله صلى الله عليه وسلم في الكسوف نحو صلاتكم يركع ويسجد ركعتين ركعتين ويسأل الله حتى تجلت الشمس فنرجع هذه الآثار لكثرتها وموافقتها للقياس أعني موافقتها لسائر الصلوات قال صلاة الكسوف ركعتان قال القاضي خرج مسلم حديث سمرة قال أبو عمر وبالجملة فانما صار كل فريق منهم الى ما روى عن سلفه ولذلك رأى بعض أهل العلم ان هذا كله على التخيير وعن قال بذلك الطبري قال القاضي وهو الاولى فان الجمع أولى من الترجيح قال أبو عمر وقدروى في صلاة الكسوف عشر ركعات في ركعتين وثمان ركعات في ركعتين وست ركعات في ركعتين وأربع ركعات في ركعتين لكن من طرق ضعيفة قال أبو بكر بن المنذر وقال اسحق بن راهويه كل ما روى من ذلك فوثق غير محتلف لأن الاعتبار في ذلك لتجلى الكسوف فالزيادة في الركوع انما تقع بحسب اختلاف التجلى في الكسوف التي صلى فيها وروى عن العلاء بن زياد انه كان يرى أن المصلي ينظر الى الشمس اذا فرغ رأسه من الركوع فان كانت قد تجلت سجد وأضاف اليها ركعة ثانية وان كانت لم تجل ركع في الركعة الواحدة ركعة ثانية ثم نظر الى الشمس فان كانت تجلت سجد وأضاف اليها ثانية وان كانت لم تجل ركع ثالثة في الركعة الاولى وهكذا حتى تجلى وكان اسحق بن راهويه يقول لا يتعدى بذلك أربع ركعات في كل ركعة لانه لم يثبت عن النبي عليه الصلاة والسلام أكثر من ذلك وقال أبو بكر بن المنذر وكان بعض أصحابنا يقول الاختيار في صلاة الكسوف ثابت والاختيار في ذلك للمصلي ان شاء في كل ركعة ركوعين وان شاء ثلاثة وان شاء أربعة ولم يصح عنده ذلك قال وهذا يدل على أن النبي عليه الصلاة والسلام صلى في كسوفات كثيرة قال القاضي هذا الذي ذكره هو الذي أخرجه مسلم ولا أدري كيف قال أبو عمر فيها انها وردت من طرق ضعيفة وأما عشر ركعات في ركعتين فانما أخرجه أبو داود فقط (المسئلة الثانية) واختلفوا في القراءة فيها فذهب مالك والشافعي الى أن القراءة فيها مرة وقال أبو يوسف ومحمد بن الحسن وأحمد واسحق بن راهويه يجهر بالقراءة فيها والسبب في اختلافهم اختلاف الآثار في ذلك بفهومها وبصيغها وذلك أن مفهوم حديث ابن عباس الثابت انه قرأ سرا لقوله فيه عنه عليه الصلاة والسلام فقام قياما نحو من سورة البقرة وقدروى هذا المعنى ناصعه انه قال تمت الى جنب رسول الله صلى الله عليه وسلم فاسمعت منه حرفا وقدروى أيضا من طريق ابن اسحق عن عائشة في صلاة الكسوف انها قالت تحريث قراءته فخرت انه قرأ سورة البقرة فنرجع هذه الأحاديث قال القراءة فيها مرة ولكن ما جاء في هذه الآثار استحب مالك والشافعي ان يقرأ في الاولى البقرة وفي الثانية آل عمران وفي الثالثة بقدر مائة وخسين آية من البقرة وفي الرابعة بقدر خمسين آية من البقرة وفي كل واحدة أم القرآن ورجحوا أيضا منهم هذا بما روى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال صلاة النهار مجمعا ووردت ههنا أيضا أحاديث مخالفة لهذه فنهنا روى انه عليه الصلاة والسلام قرأ في إحدى الركعتين من صلاة الكسوف بالتجيم ومفهوم هذا انه جهر وكان أحمد واسحق يمتحنان لهذا المذهب بحديث سفيان بن الحسن عن الزهري عن عروة عن عائشة أن النبي عليه الصلاة والسلام جهر بالقراءة في كسوف

الشمس قال أبو عمر سفيان بن الحسن ليس بالقوى وقال وقد تابعه على ذلك عن الزهرى عبد الرحمن بن سليمان بن كثير وكلهم ليس في الحديث الزهرى مع أن حديث ابن اسحق المتقدم عن عائشة يعارضه واحتج هؤلاء أيضا منهم بالقياس الشبهى فقالوا صلاة سنة تفعل في جماعة نهارا فوجب أن يجهر فيها أصلا العبدان والاستسقاء وخير في ذلك كله الطبرى وهى طريقة الجمع وقد قلنا أنها أولى من طريقة الترجيح إذا ما كنت ولا خلاف في هذا أعلمه بين الأصوليين (المسئلة الثالثة) واختلفوا في الوقت الذى تصلى فيه فقال الشافى تصلى في جميع الاوقات المنهى عن الصلاة فيها وغير المنهى وقال أبو حنيفة لا تصلى في الاوقات المنهى عن الصلاة فيها وأما مالك فروى عنه ابن وهب أنه قال لا يصلى لكسوف الشمس الا في الوقت الذى تجوز فيه النافلة وروى ابن القاسم أن سنها ان تصلى نحي الى الزوال وسبب اختلافهم في هذه المسئلة اختلافهم في جنس الصلاة التى لا تصلى في الاوقات المنهى عنها فمن رأى أن تلك الاوقات تختص بجميع أجناس الصلاة لم يجز فيها صلاة كسوف ولا غيرها ومن رأى أن تلك الاحاديث تختص بالنوافل وكانت الصلاة عنده في الكسوف سنة أجاز ذلك ومن رأى أيضا أنها من التغل لم يجزها في أوقات النهى وأما رواية ابن القاسم عن مالك فليس لها وجه الا تشبيهها بصلاة العيد (المسئلة الرابعة) واختلفوا أيضا هل من شرطها الخطبة بعد الصلاة فذهب الشافى الى أن ذلك من شرطها وذهب مالك وأبو حنيفة الى أنه لا خطبة في صلاة الكسوف والسبب في اختلافهم في الخطبة في العلة التى من أجلها خطب رسول الله الناس لما انصرف من صلاة الكسوف على ما في حديث عائشة وذلك أنها روت أنه لما انصرف من الصلاة وقد تجلت الشمس حمد الله وأثنى عليه ثم قال ان الشمس والقمر آيتان من آيات الله لا يخسفان لموت أحد ولا حياته الحديث فزعم الشافى أنه إنما خطب لأن من سنة هذه الصلاة الخطبة كالحال في صلاة العيدين والاستسقاء وزعم بعض من قال بقوله وأنتك انت خطبة النبي عليه الصلاة والسلام إنما كانت يومئذ لأن الناس زعموا أن الشمس إنما كسفت لموت إبراهيم ابنه عليه السلام (المسئلة الخامسة) واختلفوا في كسوف القمر فذهب الشافى الى أنه يصلى له في جماعة وعلى نحو ما يصلى في كسوف الشمس وبه قال أحمد وداود وجماعة وذهب مالك وأبو حنيفة الى أنه لا يصلى له في جماعة واستحبوا أن يصلى الناس له أفذاذا ركعتين كسائر الصلوات النافلة وسبب اختلافهم اختلافهم في مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام ان الشمس والقمر آيتان من آيات الله لا يخسفان لموت أحد ولا حياته فإذا رآه فادعوا الله واصلوا حتى يكشف ما بكم وتصدقوا خرجه البخارى ومسلم فمن فهم ههنا من الأمر بالصلاة فيه بمعنى واحدا وهى الصفة التى فعلها في كسوف الشمس رأى الصلاة فيها في جماعة ومن فهم من ذلك معنى مختلفا لأنه لم يرو عنه عليه الصلاة والسلام أنه صلى في كسوف القمر مع كثرة دورانه قال المفهوم من ذلك أقل ما ينطلق عليه اسم صلاة في الشرع وهى النافلة فذا وكان قائل هذا القول يرى أن الاصل هو ان يحمل اسم الصلاة في الشرع اذا ورد الأمر بهاعلى أقل ما ينطلق عليه هذا الاسم في الشرع الا أن يدل الدليل على غير ذلك فسادا لفعله عليه الصلاة والسلام في كسوف الشمس على غير ذلك بقى المفهوم في كسوف القمر على أصله والشافى يحمل فعله في كسوف الشمس بيا نال مجمل ما أمر به من الصلاة فيه ما فوجب الوقوف عند ذلك وزعم أبو عمر ابن عبد البر أنه روى عن ابن عباس وعثمان أنهم ما صلبوا في القمر في جماعة ركعتين في كل ركعة ركوعان

مثل قول الشافعي وقد استعجب قوم الصلاة للزلزلة والريح والظلمة وغير ذلك من الايات قياسا على كسوف القمر والشمس لنصه عليه الصلاة والسلام على العلة في ذلك وهو كونها آية وهو من أقوى أجناس القياس عندهم لأنه قياس العلة التي نص عليها لكن لم يرهذا مالك ولا الشافعي ولا جماعة من أهل العلم وقال أبو حنيفة ان صلى للزلزلة فقد أحسن والا فلا حرج وروى عن ابن عباس أنه صلى لها مثل صلاة الكسوف

الباب السابع في صلاة الاستسقاء

أجمع العلماء على أن الخروج الى الاستسقاء والبروز عن المصر والنساء الى الله تعالى والتضرع اليه في نزول المطر سنة سنهارسول الله صلى الله عليه وسلم واختلفوا في الصلاة في الاستسقاء فالجمهور على أن ذلك من سنة الخروج الى الاستسقاء الا بأحنيقة فإنه قال ليس من سنه الصلاة وسبب الخلاف انه ورد في بعض الآثار أنه استسقى وصلى وفي بعضها لم يذكر فيها صلاة ومن أشهر ما ورد في أنه صلى وبه أخذ الجمهور حديث عباد ابن نعيم عن عمه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج بالناس يستسقى فصلى بهم ركعتين جهر فبهما بالقراءة ورفع يديه نحو منكبيه وحول رداءه واستقبل القبلة واستسقى خرجه البخاري ومسلم وأما الأحاديث التي ذكر فيها الاستسقاء وليس فيها ذكر للصلاة فمنها حديث أنس بن مالك خرجه مسلم أنه قال جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله هلكت المواشي وتقطعت السبل فادع الله فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم فطرنا من الجمعة الى الجمعة ومنها حديث عبد الله بن زيد المازني وفيه أنه قال خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستسقى وحول رداءه حين استقبل القبلة ولم يذكر فيه صلاة وزعم القائلون بظاهر هذا الأثر ان ذلك مروي عن عمر بن الخطاب أعني أنه خرج الى المصلى فاستسقى ولم يصل واجبة للجمهور أنه لم يذكر شيئا فليس هو بحجة على من ذكره والذي يدل عليه اختلاف الآثار في ذلك ليس عندي فيه شيء أكثر من أن الصلاة ليست من شرط صحة الاستسقاء اذ قد ثبت أنه عليه الصلاة والسلام قد استسقى على المنبر لانها ليست من سنه كما ذهب اليه أبو حنيفة وأجمع القائلون بأن الصلاة من سنه على أن الخطبة أيضا من سنه لوورد ذلك في الأثر قال ابن المنذر ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى صلاة الاستسقاء وخطب واختلفوا هل هي قبل الصلاة أو بعدها لاختلاف الآثار في ذلك فرأى قوم انها بعد الصلاة قياسا على صلاة العيدين وبه قال الشافعي ومالك وقال الليث بن سعد الخطبة قبل الصلاة قال ابن المنذر فمروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه استسقى فخطب قبل الصلاة وروى عن عمر بن الخطاب مثل ذلك وبه تأخذ قال القاضي وقد خرج ذلك أبو داود من طرق ومن ذكر الخطبة فانما ذكرها في علمي قبل الصلاة واتفقوا على أن القراءة فيها جهر واختلفوا هل يكبر فيها كما يكبر في العيدين فذهب مالك الى أنه يكبر فيها كما يكبر في سائر الصلوات وذهب الشافعي الى أنه يكبر فيها كما يكبر في العيدين وسبب الخلاف اختلافهم في قياسها على صلاة العيدين وقد احتج الشافعي لمنهجه في ذلك بما روى عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى فيها ركعتين كما يصلى في العيدين واتفقوا على أن من ستمها أن يستقبل الامام القبلة واقفا ويدعو ويحول رداءه رافعا يديه على ما جاء في الآثار واختلفوا في كيفية ذلك ومتى يفعل ذلك فأما كيف ذلك فالجمهور على أنه يجعل ماعلى يمينه على شماله وماعلى شماله على يمينه وقال الشافعي بل يجعل أعلاه أسفله وماعلى يمينه منه

على يساره وما على يساره على يمينه وسبب الاختلاف اختلاف الآثار في ذلك وذلك أنه جاء في حديث عبد الله بن زيد أنه صلى الله عليه وسلم خرج إلى المصلى يستسقي فاستقبل القبلة وقلب رداءه وصلى ركعتين وفي بعض رواياته قلت أ جعل الشمال على اليمين واليمين على الشمال أم جعل أعلاه أسفله قال بل جعل الشمال على اليمين واليمين على الشمال وجاء أيضاً في حديث عبد الله هذا أنه قال استسقي رسول الله صلى الله عليه وسلم وعليه خيمته سوداء فأراد أن يأخذ بأسفلها فيجعلها أعلاها فلما نزلت عليه قامها على عاتقه وأمامتي يفعل الامام ذلك فان مالكا والشافعي قال لا يفعل ذلك عند الفراغ من الخطبة وقال أبو يوسف يحول رداءه اذا مضى صدر من الخطبة وروى ذلك أيضاً عن مالك وكلهم يقول أنه اذا حول الامام رداءه قائماً حول الناس أردتهم جلوساً لقوله عليه الصلاة والسلام انما جعل الامام ليؤتم به الامجد بن الحسن والليث بن سعد وبعض أصحاب مالك فان الناس عندهم لا يحولون أردتهم بتحويل الامام لأنهم ينقل ذلك في صلاته عليه الصلاة والسلام بهم وجامعة العلماء على أن الخروج لها وقت الخروج إلى صلاة العيدين إلا أبكر بن محمد ابن عمر بن حزم فإنه قال ان الخروج إليها عند الزوال وروى أبو داود عن عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج إلى الاستسقاء حين بدا حاجب الشمس

باب الثامن في صلاة العيدين

أجمع العلماء على استحسان الغسل لصلاة العيدين وأنهما بلا أذان ولا إقامة لثبوت ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم الامام أحدث من ذلك معاوية في أصح الأقاويل قاله أبو عمر وكذلك أجمعوا على أن السنة فيها تقديم الصلاة على الخطبة لثبوت ذلك أيضاً عن رسول الله صلى الله عليه وسلم الاماروى عن عثمان بن عفان أنه أخر الصلاة وقدم الخطبة لثلاث فرق من الناس قبل الخطبة وأجمعوا أيضاً على أنه لا توقيت في القراءة في العيدين وأكثرهم استحب أن يقرأ في الأولى بسبح وفي الثانية بالغاشية لتواتر ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم واستحب الشافعي القراءة فيهما بقاف والقرآن المجيد واقتربت الساعة لثبوت ذلك عنه عليه الصلاة والسلام واختلفوا من ذلك في مسائل أشهرها اختلافهم في التكبير وذلك أنه حكى في ذلك أبو بكر بن المنذر نحواً من اثني عشر قولاً الا أنا نذكر من ذلك المشهور الذي يستند إلى صحابي أو سمع (فنقول) ذهب مالك إلى أن التكبير في الأولى من ركعتي العيدين سبع مع تكبيرة الاحرام قبل القراءة وفي الثانية ست مع تكبيرة القيام من السجود وقال الشافعي في الأولى ثمانية وفي الثانية ست مع تكبيرة القيام من السجود وقال أبو حنيفة يكبر في الأولى ثلاثاً بعد تكبيرة الاحرام يرفع يديه فيها ثم يقرأ أم القرآن وسورة ثم يكبر راء كما ولا يرفع يديه فاذا قام إلى الثانية كبر ولم يرفع يديه وقرأ فاتحة الكتاب وسورة ثم كبر ثلاث تكبيرات يرفع فيها يديه ثم يكبر للركوع ولا يرفع فيها يديه وقال قوم فيها تسع في كل ركعة وهو مروى عن ابن عباس والمغيرة بن شعبة وأنس بن مالك وسعيد بن المسيب وبه قال النخعي وسبب اختلافهم اختلاف الآثار المنقولة في ذلك عن الصحابة فذهب مالك رحمه الله إلى ما رواه عن ابن عمر أنه قال شهِدْتُ الأَنْعَمِيَّ والفُطْرَمِيَّ مع أَبِي هُرَيْرَةَ فكَبَّرَ فِي الْأُولَى سَبْعَ تَكْبِيرَاتٍ قَبْلَ الْقِرَاءَةِ وَفِي الْآخِرَةِ خَمْسًا قَبْلَ الْقِرَاءَةِ وَلَآنَ الْعَمَلَ عِنْدَهُ بِالْمَدِينَةِ كَانَ عَلَى هَذَا وَهَذَا الْأَثَرُ بَعِيْنَهُ أَخَذَ الشَّافِعِيُّ الْآثَنَةَ تَأَوَّلَ فِي السَّبْعِ أَنَّهُ لَيْسَ فِيهَا تَكْبِيرَةُ الْإِحْرَامِ كَالَّذِينَ فِي الْخَمْسِ تَكْبِيرَةُ

القيام ويشبه أن يكون مالك أن يعد تكبيرة الاحرام في السبع ويعد تكبيرة القيام زائدا على الخمس المروية ان العمل ألفاه على ذلك فكانه عنده وجه من الجع بين الأثر والعمل وقد خرج أبو داود معنى حديث أبي هريرة مرفوعا عن عائشة وعن عمرو بن العاصي وروى أنه سئل أبو موسى الأشعري وحذيفة بن اليمان كيف كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يكبر في الأضحية والفطر فقال أبو موسى كان يكبر أربعاً على الجنائز فقال حذيفة صدق فقال أبو موسى كذلك كنت أكبر في البصرة حين كنت عليهم وقال قوم بهذا وأما أبو حنيفة وسائر الكوفيين فانهم اعتقدوا في ذلك على ابن مسعود وذلك أنه ثبت عنه أنه كان يعلمهم صلاة العيدين على الصفة المتقدمة وانما صار الجع الى الأخذ بأقوال الصحابة في هذه المسئلة لأنهم ثبت فيها عن النبي عليه الصلاة والسلام شيء ومعلوم ان فعل الصحابة في ذلك هو توقيف اذ لا مدخل للقياس في ذلك وكذلك اختلفوا في رفع اليدين عند كل تكبيرة فذهب من رأى ذلك وهو مذهب الشافعي ومنهم من لم يرفع الا في الاستفتاح فقط ومنهم من خير واختلفوا فبين تحجب عليه صلاة العيد أعنى وجوب السنة فقالت طائفة يصليها الحاضر والمساfer وبه قال الشافعي والحسن البصري وكذلك قال الشافعي أنه يصليها أهل البوادي ومن لا يجتمع حتى المرأة في بيتها وقال أبو حنيفة وأصحابه انما تجب صلاة الجمعة والعيدين على أهل الأمصار والمدائن وروى عن علي أنه قال لا الجمعة ولا تشرىق الا في مصر جامع وروى عن الزهري أنه قال لا صلاة فطر ولا أضحية على مسافر والسبب في هذا الاختلاف اختلافهم في قياسها على الجمعة فمن قاسها على الجمعة كان مذهبه فيها على مذهبه في الجمعة ومن لم يقسها رأى ان الأصل هو أن كل مكلف مخاطب بها حتى يثبت استثناءه من الخطأ قال القاضي قد فرقت السنة بين الحكم للنساء في العيدين والجمعة وذلك أنه ثبت أنه عليه الصلاة والسلام أمر النساء بالخروج للعيدين ولم يأمر بذلك في الجمعة وكذلك اختلفوا في الموضع الذي يجب منه الحجى إليها كاختلافهم في صلاة الجمعة من الثلاثة الأميال الى مسيرة اليوم التام واتفقوا على أن وقتها من شروق الشمس الى الزوال واختلفوا فبين لم يأتمهم علم بأنه العيد الا بعد الزوال فقالت طائفة ليس عليهم أن يصلوا يومهم ولا من الغد وبه قال مالك والشافعي وأبو ثور وقال آخرون يخرجون الى الصلاة في غداة ثاني العيد وبه قال الأوزاعي وأحمد واسحق قال أبو بكر بن المنذر وبه تقول الحديث وروناه عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه أمرهم أن يفطروا فإذا أصبحوا أن يعودوا الى مصالحهم قال القاضي أخرجه أبو داود لأنه عن محبان مجهول ولكن الأصل فيهم رضي الله عنهم جلهم على العدالة واختلفوا اذا اجتمع في يوم واحد عيد وجمعة هل يجزى العيد عن الجمعة فقال قوم يجزى العيد عن الجمعة وليس عليه في ذلك اليوم الا العصر فقط وبه قال عطاء وروى ذلك عن ابن الزبير وعلى وقال قوم هذه رخصة لأهل البوادي الذين يردون الأمصار للعيد والجمعة خاصة كما روى عن عثمان أنه خطب في يوم عيد وجمعة فقال من أحب من أهل العالية أن ينتظر الجمعة فلينتظر ومن أحب أن يرجع فليرجع رواه مالك في الموطأ وروى نحوه عن عمر بن عبد العزيز وبه قال الشافعي وقال مالك وأبو حنيفة اذا اجتمع عيد وجمعة فالمكلف مخاطب بهما جميعا العيد على أنه سنة والجمعة على أنها فرض ولا ينوب أحدهما عن الآخر وهذا هو الأصل الا أن يثبت في ذلك شرع يجب الصبر اليه ومن تمسك بقول عثمان فلا نرى أن مثل هذا

ليس هو بالرأى وإنما هو توقيف وليس هو بخارج عن الأصول كل الخروج وأما اسقاط فرض الظهر والجمعة التي هي بدلها مكان صلاة العيد فخارج عن الأصول جدا الآن يثبت في ذلك شرع يجب المصير اليه واختلفوا فيمن تقوته صلاة العيد مع الامام فقال قوم يصلي أربعاً وبه قال أحمد والثوري وهو مروي عن ابن مسعود وقال قوم بل يقضيهما على صفة صلاة الامام ركعتين يكبر فيهما نحو تكبيره ويحجر كحجره وبه قال الشافعي وأبو ثور وقال قوم بل ركعتين فقط لا يحجر فيهما ولا يكبر تكبير العيد وقال قوم ان صلى الامام في المصلي صلى ركعتين وان صلى في غير المصلي صلى أربع ركعات وقال قوم لا قضاء عليه أصلاً وهو قول مالك وأصحابه وحكي ابن المنذر عنه مثل قول الشافعي فمن قال أربعاً شبهها بصلاة الجمعة وهو تشبيه ضعيف ومن قال ركعتين كما صلاهما الامام فخير اليان الأصل هو أن القضاء يجب أن يكون على صفة الأداء ومن منع القضاء فلانه رأى انها صلاة من شرطها الجماعة والامام كالجمعة فلم يجب قضاؤها ركعتين ولأربعاً اذ ليست هي بدلاً من شيء وهذا القولان هما اللذان يتردد فيهما النظر أعنى قول الشافعي وقول مالك وأما سائر الأقاويل في ذلك فضعيف لاعملي لأن صلاة الجمعة بدل من الظهر وهذه ليست بدلاً من شيء فكيف يجب أن تقاس احداهما على الأخرى في القضاء وعلى الحقيقة فليس من فاتته الجمعة فصلاته للظهر قضاء بل هي أداء لأنه اذا فاتته البدل وجبت هي والله الموفق للصواب واختلفوا في التنفل قبل صلاة العيد وبعدها فالجمهور على أنه لا يتنفل لاقبلها ولا بعدها وهو مروي عن علي بن أبي طالب وابن مسعود وحذيفة وجابر وبه قال أحمد وقيل يتنفل قبلها وبعدها وهو منذهب أنس وعروة وبه قال الشافعي وفيه قول ثالث وهو أن يتنفل بعدها ولا يتنفل قبلها وقال به الثوري والأوزاعي وأبو حنيفة وهو مروي أيضاً عن ابن مسعود وفرق قوم بين أن تكون الصلاة في المصلي أو في المسجد وهو مشهور منذهب مالك وسبب اختلافهم أنه ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج يوم فطر أو يوم أضحى فصلى ركعتين لم يصل قبلهما ولا بعدهما وقال عليه الصلاة والسلام اذا جاء أحدكم المسجد فليركع ركعتين وتردها أيضاً من حيث هي مشروعة بين أن يكون حكمها في استحباب التنفل قبلها وبعدها حكم المكتوبة أو لا يكون ذلك حكمها فمن رأى أن تركه الصلاة قبلها وبعدها هو من باب ترك الصلاة قبل السنن وبعدها ولم ينطلق اسم المسجد عنده على المصلي لم يستحب تنفلاً لاقبلها ولا بعدها ولذلك تردد المنذهب في الصلاة قبلها اذا اصلحت في المسجد كون دليل الفعل معارضا في ذلك القول أعنى أنه من حيث هو داخل في مسجد يستحب له الركوع ومن حيث هو مصل صلاة العيد يستحب له أن يركع تشبهاً بفعله عليه الصلاة والسلام ومن رأى أن ذلك من باب الرخصة ورأى ان اسم المسجد ينطلق على المصلي ندب الى التنفل قبلها ومن شبهها بالصلاة المفروضة استحباب التنفل قبلها وبعدها أقلنا ورأى قوم أن التنفل قبلها وبعدها من باب المباح الجائز لا من باب المنسوب ولا من باب المكروه هو أقل اشتباهاً لم يتناول اسم المسجد المصلي واختلفوا في وقت التكبير في عيد الفطر بعد أن أجمع على استحبابه الجمهور لقوله تعالى ولتكموا العدة ولتكبروا لله على ما هداكم فقال جمهور العلماء يكبر عند بدو الصلاة وهو منذهب ابن عمر وجماعة من الصحابة والتابعين وبه قال مالك وأحمد واسحق وأبو ثور

وقال قوم يكبر من ليلة الفطر اذا رآوا الهلال حتى يغدوا الى المصلى وحتى يخرج الامام وكذلك في ليلة
 الأنحى عندهم ان لم يكن حاجا وروى عن ابن عباس انكار التكبير جلة الا اذا كبر الامام وانفقوا أيضا
 على التكبير في أدبار الصلوات أيام الحج واختلفوا في توقيت ذلك اختلافا كثيرا فقال قوم يكبر من
 صلاة الصبح يوم عرفة الى العصر من آخر أيام التشريق وبه قال سفيان وأجدوا وبونور وقيل يكبر من
 صلاة الظهر من يوم النحر الى صلاة الصبح من آخر أيام التشريق وهو قول مالك والشافعي
 وقال الزهري مضت السنة أن يكبر الامام في الأمصار بصلوة الظهر من يوم النحر الى العصر من آخر
 أيام التشريق وبالجملة فالخلاف في ذلك كثير حكى ابن المنذر فيها عشرة أقوال وسبب اختلافهم
 في ذلك هو انه نقلت بالعمل ولم ينقل في ذلك قول محدود فلما اختلفت الصحابة في ذلك اختلف من بعدهم
 والأصل في هذا الباب قوله تعالى (واذكروا الله في أيام معدودات) فهذا الخطاب وان كان المقصود به
 أولا أهل الحج فان الجمهور رأوا انه يعم أهل الحج وغيرهم وتلقى ذلك بالعمل وان كان اختلفوا في التوقيت
 في ذلك ولعل التوقيت في ذلك على التخخير لأنهم كلهم أجمعوا على التوقيت واختلفوا فيه وقال قوم
 التكبير بصلوة في هذه الأيام انما هو لمن صلى في جماعة وكذلك اختلفوا في صفة التكبير في هذه
 الأيام فقال مالك والشافعي يكبر ثلاثا الله أكبر الله أكبر وقيل يزبد بعد هذا لا اله الا الله وحده
 لا شريك له له الملك وله الحمد وهو على كل شيء قدير وروى عن ابن عباس أنه يقول الله أكبر كبيرا ثلاث
 مرات ثم يقول الرابعة وثلاث الحمد وقالت جماعة ليس فيه شيء موقت والسبب في هذا الاختلاف عدم
 التحديد في ذلك في الشرع مع فهمهم من الشرع في ذلك التوقيت أعني فهم الأكثر وهذا هو السبب
 في اختلافهم في توقيت زمان التكبير أعني فهم التوقيت مع عدم النص في ذلك وأجمعوا على انه يستحب
 أن يفطر في عيد الفطر قبل الغدو الى المصلى وأن لا يفطر يوم الأنحى الا بعد الانصراف من الصلاة وانه
 يستحب أن يرجع على غير الطريق التي مشى عليها لثبوت ذلك من فعله عليه الصلاة والسلام

الباب التاسع في سجود القرآن

والكلام في هذا الباب ينحصر في خمسة فصول في حكم السجود وفي عدد السجودات التي هي عزائم
 أعني التي يسجد لها وفي الأوقات التي يسجد لها وعلى من يجب السجود وفي صفة السجود فأما حكم
 سجود التلاوة فان أبا حنيفة وأصحابه قالوا هو واجب وقال مالك والشافعي هو مسنون وليس بواجب
 وسبب اختلاف اختلافهم في مفهوم الأوامر بالسجود والأخبار التي معناها معنى الأوامر بالسجود مثل
 قوله تعالى (اذا تلى عليهم آيات الرجن هزوا سجدا وبكيا) هل هي بحمولة على الوجوب أو على الندب
 فأبو حنيفة جعلها على ظاهرها من الوجوب ومالك والشافعي اتبعوا في مفهومها الصحابة اذ كانوا هم
 أقعد بفهم الأوامر الشرعية وذلك انه لما ثبت ان عمر بن الخطاب قرأ السجدة يوم الجمعة فزله وسجد
 وسجد الناس معه فلما كان في الجمعة الثانية وقرأها تهيأ الناس للسجود فقال على رسلهم ان الله لم يكتبها
 علينا الا الآن نشاء قالوا وهذا بمحض الصحابة فلم ينقل عن أحد منهم خلاف وهم أفهم بمغزى الشرع وهذا
 انما يحتاج به من يرى قول الصحابي اذ لم يكن له مخالف حجة وقد احتج أصحاب الشافعي في ذلك بحديث
 زيد بن ثابت أنه قال كنت أقرأ القرآن على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقرأت سورة الحج فلم يسجد

ولم نسجد وكذلك أيضا محتج هؤلاء بما روى عنه عليه الصلاة والسلام انه لم يسجد في المفصل وبما روى انه سجد فيها لأن وجه الجمع بين ذلك يقتضى أن لا يكون السجود واجبا وذلك بأن يكون كل واحد منهم حدث بما رأى من قال انه سجد ومن قال انه لم يسجد وأما أبو حنيفة ففسك في ذلك بأن الأصل هو حمل الأوامر على الوجوب والأخبار التي تنزل منزلة الأوامر وقد قال أبو المعالي ان احتجاج أبي حنيفة بالأوامر الواردة بالسجود في ذلك لا معنى له فان إيجاب السجود مطلقا ليس يقتضى وجوبه مقيدا وهو عند القراءة أعني قراءة آية السجود قال ولو كان الأمر كما زعم أبو حنيفة لكانت الصلاة تجب عند قراءة الآية التي فيها الأمر بالصلاة واذ لم يجب ذلك فليس يجب السجود عند قراءة الآية التي فيها الأمر بالسجود من الأمر بالسجود ولأن حنيفة أن يقول قد أجمع المسلمون على ان الأخبار الواردة في السجود عند تلاوة القرآن هي بمعنى الأمر وذلك في أكثر المواضع وإذا كان ذلك كذلك فقد ورد الأمر بالسجود مقيدا بالتلاوة أعني عند التلاوة وورد الأمر به مطلقا فوجب حمل المطلق على المقيد وليس الأمر في ذلك بالسجود كما للأمر بالصلاة فان الصلاة قيد وجوبها بقيود أخرى وأيضا فان النبي عليه الصلاة والسلام قد سجد فيها فبين لنا بذلك معنى الأمر بالسجود الوارد فيها أعني انه عند التلاوة فوجب أن يحمل مقتضى الأمر في الوجوب عليه وأما عدد عزائم سجود القرآن فان مالكاً قال في الموطأ الأمر عندنا ان عزائم سجود القرآن إحدى عشرة سجدة ليس في المفصل منها شيء وقال أصحابه أولها خاتمة الأعراف وثانيها في الرعد عند قوله تعالى بالعقد والآصال وثالثها في النحل عند قوله تعالى ويقفون ما يؤمرون ورابعها في بني اسرائيل عند قوله ويزيدهم خشوعا وخامسها في مريم عند قوله تعالى خروا سجدا وبكيا وسادسها الأولى من الحج عند قوله تعالى ان الله يفعل ما يشاء وسابعها في الفرقان عند قوله وزادهم نفورا وثامنها في النمل عند قوله تعالى رب العرش العظيم وتاسعها في الم تنزيل عند قوله تعالى وهم لا يستكبرون وعاشرها في ص عند قوله تعالى وخزوا كما واثاب والحادية عشرة في خم تنزيل عند قوله تعالى ان كنتم اياه تعبدون وقيل عند قوله وهم لا يسأمون وقال الشافعي أربع عشرة سجدة ثلاث منها في المفصل في الانشقاق وفي النجم وفي اقرأ باسم ربك ولم ير في ص سجدة لأنها عنده من باب الشكر وقال أحمد في خمس عشرة سجدة أثبت فيها الثانية من الحج وسجدة ص وقال أبو حنيفة هي اثنتا عشرة سجدة قال الطحاوي وهي كل سجدة جاءت بلفظ الخبر والسبب في اختلافهم اختلافهم في المذهب التي اعتقدوها في تصحيح عددها وذلك ان منهم من اعتقد حمل أهل المدينة ومنهم من اعتقد القياس ومنهم من اعتقد السماع أما الذين اعتقدوا العمل فمالك وأصحابه وأما الذين اعتقدوا القياس فابو حنيفة وأصحابه وذلك انهم قالوا وجدنا السجدة التي أجمع عليها جاءت بصيغة الخبر وهي سجدة الأعراف والنحل والرعد والاسراء ومريم وأول الحج والفرقان والنمل والم تنزيل فوجب أن يلحق بها سائر السجدة التي جاءت بصيغة الخبر وهي التي في ص وفي الانشقاق ويسقط ثلاثة جاءت بلفظ الأمر وهي التي في والنجم وفي الثانية من الحج وفي اقرأ باسم ربك وأما الذين اعتقدوا السماع فانهم صاروا إلى ما ثبت عنه عليه الصلاة والسلام من سجوده في الانشقاق وفي اقرأ باسم ربك وفي والنجم خرج ذلك مسلم وقال الأثرم سئل أحمد كم في الحج من

سجدة قال سجدتان وصحح حديث عقبة بن عامر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال في الحج سجدتان وهو قول عمر وعلى قال القاضي خُرجه أبو داود وأما الشافعي فإنه انما صار الى اسقاط سجدة ص لما رواه أبو داود من أبي سعيد الخدري أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قرأ وهو على المنبر آية السجود من سورة ص فنزل وسجد فلما كان يوم آخر قرأها فنهياً للناس للسجود فقال انما هي توبة نبي ولكن رأيكم تنسرونها للسجود فنزلت فسجدت وفي هذا ضرب من الحجة لأبي حنيفة في قوله بوجوب السجود لأنه علل ترك السجود في هذه السجدة بعلة انتفت في غيرها من السجرات فوجب أن يكون حكم التي انتفت عنها العلة بخلاف التي ثبتت لها العلة وهو نوع من الاستدلال وفيه اختلاف لأنه من باب تجوز دليل الخطأ وقد احتج بعض من لم ير السجود في المفصل بحديث عكرمة عن ابن عباس خُرجه أبو داود أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يسجد في شيء من المفصل من هذا إلى المدينة قال أبو عمر وهو منكر لأن أبهر روى الذي روى سجوده في المفصل لم يصحبه عليه الصلاة والسلام إلا بالمدينة وقسروا الثقات عنه أنه سجد عليه الصلاة والسلام في والتيم * وأما وقت السجود فاتهم اختلفوا فيه فنع قوم السجود في الأوقات المنهي عن الصلاة فيها وهو مذهب أبي حنيفة على أصله في منع الصلوات المفروضة في هذه الأوقات ومنع مالك أيضاً ذلك في الموطأ لأنها عنده من النفل والنفل ممنوع في هذه الأوقات عنده وروى ابن القاسم عنه أنه يسجد فيها بعد العصر ما لم تصفر الشمس أو تنغير وكذلك بعد الصبح وبه قال الشافعي وهذا بناء على انها سنة وأن السنن تصل في هذه الأوقات ما لم تدن الشمس من الغروب أو الطلوع * وإما على من يتوجه حكمها فاجعوا على أنه يتوجه على القارئ في صلاة كان أوفى غير صلاة واختلفوا في السامع هل عليه سجود أم لا فقال أبو حنيفة عليه السجود ولم يفرق بين الرجل والمرأة وقال مالك يسجد السامع بشرطين أحدهما إذا كان قعد ليسمع القرآن والآخر أن يكون القارئ يسجد وهو مع هذا ممن يصح أن يكون اماماً للسامع وروى ابن القاسم عن مالك أنه يسجد السامع وإن كان القارئ ممن لا يصلح للإمامة إذا جلس اليه وأما صفة السجود فإن جمهور الفقهاء قالوا إذا سجد القارئ كبر إذا خفض وإذا رفع واختلف قول مالك في ذلك إذا كان في غير صلاة وأما إذا كان في الصلاة فإنه يكبر قولاً واحداً

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله ﴾

﴿ كتاب أحكام الميت ﴾

والكلام في هذا الكتاب وهي حقوق الأموات على الأحياء ينقسم الى ست سجل الجلة الأولى فيما يستحب أن يفعل به عند الاحضار وبعده الثانية في غسله الثالثة في تكفينه الرابعة في حمله واتباعه الخامسة في الصلاة عليه السادسة في دفنه

﴿ الباب الأول ﴾

ويستحب أن يلحق الميت عند الموت شهادة أن لا إله الا الله لقوله عليه الصلاة والسلام لقنوا موتاكم شهادة أن لا إله الا الله وقوله من كان آخر قوله لا إله الا الله دخل الجنة واختلفوا في استحباب توجيهه الى القبلة فرأى ذلك قوم ولم يرد آخرون وروى عن مالك أنه قال في التوجيه ما هو من الأمر القديم وروى عن سعيد بن المسيب أنه أنكر ذلك ولم يرد ذلك عن أحد من الصحابة ولا من التابعين أعني الأمر

بالتوجيه فإذا قضى الميت غرض عينه ويستحب تعجيل دفنه لورود الآثار بذلك إلا الغريق فإنه يستحب في المذهب تأخير دفنه مخافة أن يكون الماء قد غمره فلم يتبين حياته قال القاضي وإذا قيل هذا في الغريق فهو أولي بكثير من الرضخ مثل الذين يصيبهم انطباق العروق وغير ذلك مما هو معروف عند الأطباء حتى لقد قال الأطباء إن المسكونين لا ينبغي أن يدفنوا إلا بعد ثلاث

﴿ الباب الثاني في غسل الميت ﴾

ويتعلق بهذا الباب فصول أربعة منها في حكم الغسل ومنها فيمن يجب غسله من الموتى ومن يجوز أن يغسل وما حكم الغاسل ومنها في صفة الغسل

﴿ الفصل الأول ﴾

فأما حكم الغسل فإنه قيل فيه أنه فرض على الكفاية وقيل سنة على الكفاية والذولان كلاهما في المذهب والسبب في ذلك أنه نقل بالعمل بالقول والعمل ليس له صيغة تفهم الوجوب أولاً تفهمه وقد احتج عبد الوهاب بوجوبه بقوله عليه الصلاة والسلام في ابنته اغسلنها ثلاثاً وأخساً وبقوله في المحرم اغسلوه فمن رأى أن هذا القول خرج مخرج تعليم لصفة الغسل لا مخرج الأمر به لم يقل بوجوبه ومن رأى أنه يتضمن الأمر والصفة قال بوجوبه

﴿ الفصل الثاني ﴾

وأما الأموات الذين يجب غسلهم فأنهم اتفقوا من ذلك على غسل الميت المسلم الذي لم يقتل في معترك حرب الكفار واختلفوا في غسل الشهيد وفي الصلاة عليه وفي غسل المشرك فأما الشهيد أعنى الذي قتله في المعترك المشركون فإن الجمهور على ترك غسله لما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر بقتلي أحد فدنفوا بشياهم ولم يصل عليهم وكان الحسن وسعيد بن المسيب يقولان يغسل كل مسلم فإن كل ميت يجب ولعلمهم كانوا يرون أن ما فعل بقتلي أحد كان لموضع الضرورة أعنى المشقة في غسلهم وقال بقولهم من فقهاء الأمصار عبيد الله بن الحسن العنبري وسئل أبو عمر فيا حكي ابن المنذر عن غسل الشهيد فقال قد غسل عمر وكفن وحنط وصلى عليه وكان شهيداً يرجه الله واختلف الذين اتفقوا على أن الشهيد في حرب المشركين لا يغسل في الشهداء من قتل الموص أو غير أهل الشرك فقال الأوزاعي وأجد وجاعة حكمهم حكم من قتله أهل الشرك وقال مالك والشافعي يغسل وسبب اختلافهم هو هل الموجب لرفع حكم الغسل هي الشهادة مطلقاً أو الشهادة على أيدي الكفار فمن رأى أن سبب ذلك هي الشهادة مطلقاً قال لا يغسل كل من نص عليه النبي عليه الصلاة والسلام أنه شهيد ممن قتل ومن رأى أن سبب ذلك هي الشهادة من الكفار قصر ذلك عليهم وأما غسل المسلم الكافر فكان مالك يقول لا يغسل المسلم والده الكافر ولا يقبره إلا أن يخاف ضياعه فيواريه وقال الشافعي لا بأس بغسل المسلم قرأته من المشركين ودفنهم وبه قال أبو ثور وأبو حنيفة وأصحابه قال أبو بكر بن المنذر ليس في غسل الميت المشرك سنة تتبع وقد روي أن النبي عليه الصلاة والسلام أمر بغسل عمه لماتت وسبب الخلاف هل الغسل من باب العبادة أو من باب النظافة فإن كانت عبادة لم يجز غسل الكافر وإن كانت نظافة جاز غسله

وأما من يجوز أن يغسل الميت فأنهم اتفقوا على أن الرجال يغسلون الرجال والنساء يغسلون النساء واختلفوا في المرأة يموت مع الرجال أو الرجل يموت مع النساء ما لم يكونا زوجين على ثلاثة أقوال فقال قوم يغسل كل واحد منهما صاحبه من فوق الثياب وقال قوم يمس كل واحد منهما صاحبه وبه قال الشافعي وأبو حنيفة وجهور العلماء وقال قوم لا يغسل واحد منهما صاحبه ولا يمس به وبه قال الليث بن سعد بل يدفن من غير غسل وسبب اختلافهم هو الترجيح بين تغليب النهي على الأمر أو الأمر على النهي وذلك أن الغسل مأثور به ونظر الرجل إلى بدن المرأة والمرأة إلى بدن الرجل منهي عنه فمن غلب النهي تغليبا مطلقا أعنى لم يقس الميت على الحي في كون طهارة التراب له بدلا من طهارة الماء عند تعذرها قال لا يغسل واحد منهما صاحبه ولا يمس به ومن غلب الأمر على النهي قال يغسل كل واحد منهما صاحبه أعنى غلب الأمر على النهي تغليبا مطلقا ومن ذهب إلى التيمم فلأنه رأى أنه لا يلحق الأمر والنهي في ذلك تعارض وذلك أن النظر إلى مواضع التيمم يجوز لكل الصنفين ولذلك رأى مالك أن يمس الرجل المرأة في يديها ووجهها فقط لكون ذلك منها ليسا بعورة وأن تيمم المرأة الرجل إلى المرفقين لأنه ليس من الرجل عورة إلا من السرة إلى الركبة على منعه فكانت الضرورة التي تقلت الميت من الغسل إلى التيمم عند من قال به هي تعارض الأمر والنهي فكانت شبه هذه الضرورة بالضرورة التي يجوز معها للحى التيمم وهو تشبيه فيه بعد ولكن عليه الجمهور فأما مالك فاختلف قوله في هذه المسئلة مرة قال يمس كل واحد منهما صاحبه قولاً مطلقاً ومرة فرق في ذلك بين ذوى المحارم وغيرهم ومرة فرق في ذوى المحارم بين الرجال والنساء فيتحصل عنه أن له في ذوى المحارم ثلاثة أقوال أشهرها أنه يغسل كل واحد منهما صاحبه على الثياب والثاني أنه لا يغسل أحدهما صاحبه لكن يمس به مثل قول الجمهور في غير ذوى المحارم والثالث الفرق بين الرجال والنساء أعنى تغسل المرأة الرجل ولا يغسل الرجل المرأة فسبب المنع أن كل واحد منهما لا يحل له أن ينظر إلى موضع الغسل من صاحبه كالأجانب سواء وسبب الإباحة أنه موضع ضرورة وهم أعتر في ذلك من الأجنبى وسبب الفرق أن نظر الرجال إلى النساء أغلظ من نظر النساء إلى الرجال بدليل أن النساء يحجن عن نظر الرجال البهت ولم يحجب الرجال عن النساء وأجمعوا من هذا الباب على جواز غسل المرأة زوجها واختلفوا في جواز غسله إياها فالجمهور على جواز ذلك وقال أبو حنيفة لا يجوز غسل الرجل زوجته وسبب اختلافهم هو تشبيه الموت بالطلاق فمن شبه بالطلاق قال لا يحل أن ينظر إليها بعد الموت ومن لم يشبهه بالطلاق وهم الجمهور قال أن ما يحل له من النظر إليها قبل الموت يحل له بعد الموت وانما دعا أبو حنيفة أن يشبه الموت بالطلاق لأنه رأى أنه إذا ماتت إحدى الاختين حل له نكاح الأخرى كالحال فيها إذا طلقت وهذا فيه بعد فإن علة منع الجمع مرتفعة بين الحى والميت ولذلك حلت الآن يقال أن علة منع الجمع غير معقولة وإن منع الجمع بين الاختين عبادة محضة غير معقولة المعنى فيقوى حينئذ مذهب أبي حنيفة وكذلك أجمعوا على أن المطلقة المبتونة لا تغسل زوجها واختلفوا في الرجعية فروى عن مالك أنها تغسله وبه قال أبو حنيفة وأصحابه وقال ابن القاسم لا تغسله وإن كان الطلاق رجعيا وهو قياس قول مالك لأنه ليس يجوز عنده أن يراها وبه قال الشافعي وسبب اختلافهم هو هل يحل الزوج أن ينظر إلى الرجعية أولا ينظر إليها

وأما حكم الغاسل فانهم اختلفوا فيما يجب عليه فقال قوم من غسل ميتا وجب عليه الغسل وقال قوم لا غسل عليه وسبب اختلافهم معارضة حديث أبي هريرة لحديث أسماء وذلك ان أبا هريرة روى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال من غسل ميتا فليغتسل ومن حمله فليتوضأ خرجه أبو داود وأما حديث أسماء فانهم لما غسلت أبا بكر رضى الله عنه خرجت فسألت من حضرها من المهاجرين والأنصار وقالت اني صائمة وان هذا يوم شديد البرد فهل علي من غسل قالوا لا وحديث أسماء في هذا صحيح وأما حديث أبي هريرة فهو عند أكثر أهل العلم فيما حكى أبو عمر غير صحيح لكن حديث أسماء ليس فيه في الحقيقة معارضة له فان من أنكر الشيء يحتمل أن يكون ذلك لأنه لم تبلغه السنة في ذلك الشيء وسؤال أسماء والله أعلم يدل على الخلاف في ذلك في الصدر الأول ولهذا كله قال الشافعي رضى الله عنه على عادته في الاحتياط والاتفات الى الأثر لا غسل على من غسل الميت الآن أثبت حديث أبي هريرة

﴿ الفصل الرابع في صفة الغسل ﴾

وفي هذا الفصل مسائل احداها هل ينزع عن الميت قيضه اذا غسل أم يغسل في قيضه اختلفوا في ذلك فقال مالك اذا غسل الميت تنزع ثيابه وتستر عورته وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي يغسل في قيضه وسبب اختلافهم تردد غسله عليه الصلاة والسلام في قيضه بين أن يكون خاصبه وبين أن يكون سنة فمن رأى أنه خاص به وأنه لا يجرم من النظر الى الميت الا ما يحرم منه وهو حي قال يغسل عريانا لا عورته فقط التي يحرم النظر اليها في حال الحياة ومن رأى ان ذلك سنة يستند الى باب الاجماع والى الأمر الالهي لأنه روى في الحديث انهم سمعوا صوتا يقول لهم لا تنزعوا القميص وقد أتى عليهم النوم قال الافضل ان يغسل الميت في قيضه (المسئلة الثانية) قال أبو حنيفة لا بوضأ الميت وقال الشافعي بوضأ وقال مالك ان وضئ خسن وسبب الخلاف في ذلك معارضة القياس للأثر وذلك ان القياس يقتضي الأوضوء على الميت لأن الوضوء طهارة مفروضة لموضع العبادة واذا أسقطت العبادة عن الميت سقط شرطها الذي هو الوضوء ولولا ان الغسل ورد في الآثار لما وجب غسله وظاهر حديث أم عطية الثابت ان الوضوء شرط في غسل الميت لأن فيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في غسل ابنته ابدأن بيمينها ومواضع الوضوء منها وهذه الزيادة ثابتة خرجها البخاري ومسلم ولذلك لم يجب أن تعارض بالروايات التي فيها الغسل مطلقا لأن المقيّد يقتضي على المطلق اذ فيه زيادة على ما رآه كثير من الناس ويشبه أيضا أن يكون من أسباب الخلاف في ذلك معارضة المطلق للمقيّد وذلك أنه وردت آثار كثيرة فيها الأمر بالغسل مطلقا من غير ذكر وضوء فيها فهو لا رجحوا الاطلاق على التقييد لمعارضة القياس له في هذا الموضع والشافعي جرى على الأصل من حل المطلق على المقيّد (المسئلة الثالثة) اختلفوا في التوقيت في الغسل فمنهم من أوجب ومنهم من استحسنة واستحببه والذين أوجبوا التوقيت منهم من أوجب الوتر أى وتركان وبه قال ابن سيرين ومنهم من أوجب الثلاثة فقط وهو أبو حنيفة ومنهم من حلّ أقل الوتر في ذلك فقال لا ينقص عن الثلاثة ولم يحدا أكثر وهو الشافعي ومنهم من حلّ الأكثر في ذلك فقال لا يتجاوز به السبعة وهو أحمد بن حنبل ومن قال باستحباب الوتر ولم يحده حد مالك بن أنس وأصحابه وسبب الخلاف بين من شرط التوقيت ومن لم يشترطه بل استحبه معارضة القياس للأثر وذلك ان ظاهر حديث أم عطية يقتضي التوقيت لأن فيه اغسلناها ثلاثا أو خسا

أولاً أكثر من ذلك ان رأيتن وفي بعض رواياته أوسبعا وأما قياس الميت على الحي في الطهارة فيقتضى ان لا توقيت فيها كالميت في طهارة الحي توقيت فمن رجح الأثر على النظر قال بالتوقيت ومن رأى الجع بين الأثر والنظر حمل التوقيت على الاستحباب وأما الذين اختلفوا في التوقيت فسبب اختلافهم اختلاف ألفاظ الروايات في ذلك عن أم عطية فأما الشافعي فإنه رأى أن لا ينقص عن ثلاثة لأنه أقل وتر فقطق به في حديث أم عطية ورأى أن ما فوق ذلك مباح لقوله عليه الصلاة والسلام أولاً أكثر من ذلك ان رأيتن وأما أحد فأخذ بأكثر وتر نطق به في بعض روايات الحديث وهو قوله عليه الصلاة والسلام أوسبعا وأما أبو حنيفة فصار في قصره الوتر على الثلاث لما روى أن محمد بن سيرين كان يأخذ الغسل عن أم عطية ثلاثاً يغسل بالسدر مرتين والثالثة بالماء والكافور أيضاً فإن الوتر الشرعي عنده انما ينطلق على الثلاث فقط وكان مالك يستحب أن يغسل في الأولى بالماء القراح وفي الثانية بالسدر والماء وفي الثالثة بالماء والكافور واختلفوا اذا خرج من بطنه حدث هل يعاد غسلها أم لا فقيل لا يعاد وبه قال مالك وقيل يعاد والذين رأوا أنه يعاد اختلفوا في العدد الذي يجب به الاعداء ان تكررت خروج الحدث فقيل يعاد الغسل عليه واحدة وبه قال الشافعي وقيل يعاد ثلاثاً وقيل يعاد سبعا وأجمعوا على أنه لا يزداد على السبع شيئاً واختلفوا في تقليم أظفار الميت والأخذ من شعره فقال قوم تقلم أظفاره ويؤخذ منه وقال قوم لا تقلم أظفاره ولا يؤخذ من شعره وليس فيه أثر وأما سبب الخلاف في ذلك الخلاف الواقع في ذلك في الصدر الأول ويشبه أن يكون سبب الخلاف في ذلك قياس الميت على الحي فمن قاسه أوجب تقليم الأظفار وحلق العانة لأنهما من سنة الحي باتفاق وكذلك اختلفوا في عصر بطنه قبل أن يغسل ففهم من رأى ذلك ومنهم من لم يره فمن رآه رأى أن فيه ضرباً من الاستنقاء من الحدث عند ابتداء الطهارة وهو مطلوب من الميت كما هو من الحي ومن لم يرد ذلك رأى أنه من باب تكليف ما لم يشرع وان الحي في ذلك بخلاف الميت

الباب الثالث في الأكفان

والأصل في هذا الباب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كفن في ثلاثة ثواب بيض سحولية ليس فيها قميص ولا عمامة وخرج أبو داود عن ليلى بنت قاتبة الثقفية قالت كنت فيمن غسل أم كلثوم بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم فكان أول من أعطاني رسول الله صلى الله عليه وسلم الحق ثم السرعة ثم الخمار ثم الملحفة ثم أدرجت بعد في الثوب الآخر قالت ورسول الله صلى الله عليه وسلم جالس عند الباب معه أكفانها بينا وثابوا يا فمن العلماء من أخذ بظاهر هذين الأثرين فقال يكفن الرجل في ثلاثة ثواب والمرأة في خمسة ثواب وبه قال الشافعي وأحد وجاعة وقال أبو حنيفة أقل ما تكفن فيه المرأة ثلاثة ثواب والسنه خمسة ثواب وأقل ما يكفن فيه الرجل ثوبان والسنه فيه ثلاثة ثواب ورأى مالك أنه لا حد في ذلك وأنه يجزئ ثوب واحد فيهما إلا أنه يستحب الوتر وسبب اختلافهم في التوقيت اختلافهم في مفهوم هذين الأثرين فمن فهم منهما الإباحة لم يقل بتوقيت إلا أنه استحب الوتر لاتفاقهما في الوتر ولم يفرق في ذلك بين المرأة والرجل وكان فهم منهما الإباحة لا في التوقيت فإنه فهم منه شرعاً لما نسبته للشرع ومن فهم من العدا أنه شرع للإباحة قال بالتوقيت اما على جهة الوجوب واما على جهة الاستحباب وكاه واسع ان شاء الله وليس فيه شرع محدود ولعله تكلف شرع فيما ليس فيه شرع وقد كفن بمصعب

ابن عمير يوم أحد بخره فكانوا اذا غطوا بهما رأسه خرجت رجلاه واذا غطوا بهما رجليه خرج رأسه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم غطوا بهما رأسه واجعلوا على رجليه من الاذخر واتقوا على أن الميت يغطي رأسه ويطيب الا المحرم اذا مات في احرامه فانهم اختلفوا فيه فقال مالك وأبو حنيفة المحرم بمنزلة غير المحرم وقال الشافعي لا يغطي رأس المحرم اذا مات ولا يمس طيبا وسبب اختلافهم معارضة العموم للخصوص فأما الخصوص فهو حديث ابن عباس قال أتى النبي صلى الله عليه وسلم رجل وقصته راحلته فمات وهو محرم فقال كفنوه في ثوبين واغسلوه بماء وسدروا لتخمر وارأسه ولا تفر بوه طيبا فانه يبعث يوم القيامة بلبى وأما العموم فهو ما ورد من الأمر بالغسل مطلقا فمن خص من الاموات المحرم بهذا الحديث كتخصيص الشهداء يقتل أحد جعل الحكم منه عليه الصلاة والسلام على الواحد حكما على الجميع وقال لا يغطي رأس المحرم ولا يمس طيبا ومن ذهب منه الجع لا منه الاستثناء والتخصيص قال حديث الاعرابي خاص به لا يعمد الى غيره

﴿ الباب الرابع في صفة المشي مع الجنائز ﴾

واختلفوا في سنة المشي مع الجنائز فذهب أهل المدينة الى أن من سننها المشي أمامها وقال الكوفيون أبو حنيفة وأصحابه وسائرهم ان المشي خلفها أفضل وسبب اختلافهم اختلاف الآثار التي روى كل واحد من الفريقين عن سلفه وعمله فروي مالك عن النبي عليه الصلاة والسلام مر سلا المشي أمام الجنائز وعن أبي بكر وعمر وبه قال الشافعي وأخذ أهل الكوفة بمارووا عن علي بن أبي طالب من طريق عبد الرحمن بن أبزي قال كنت أمشي مع علي في جنازة وهو أخذ يدي وهو يمشي خلفها وأبو بكر وعمر يمشيان أمامها فقلت له في ذلك فقال ان فضل الماشي خلفها على الماشي أمامها كفضل صلاة المكتوبة على صلاة النافلة وانهما ليعلمان ذلك ولكنهما سهلان يسهلان على الناس وروى عنه رضي الله عنه أنه قال قدمها بين يديك واجعلها نصب عينيك فانما هي موعظة وتذكيرة وعبرة وماروى أيضا عن ابن مسعود أنه كان يقول سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن السير مع الجنائز فقال الجنائز متبوعة وليست بتابعة وليس معها من يقدمها وحديث المغيرة بن شعبه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال البراكب يمشي أمام الجنائز والماشي خلفها وأمامها وعن يمينها ويسارها قريبانها وحديث أبي هريرة أيضا في هذا المعنى قال امشوا خلف الجنائز وهذه الأحاديث صار اليها الكوفيون وهي أحاديث يصححونها ويضعفها غيرهم ووأكثر العلماء على أن القيام الى الجنائز منسوخ بماروى مالك من حديث علي بن أبي طالب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يقوم في الجنائز ثم جلس وذهب قوم الى وجوب القيام وتمسكوا في ذلك بماروى من أمره صلى الله عليه وسلم بالقيام لها فكذلك عاصر بن ربيعة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا رأيتم الجنائز فتقوموا اليها حتى تخلفكم أو توضع واختلف الذين رأوا ان القيام منسوخ في القيام على القبر في وقت الدفن فبعضهم رأى أنه لم يدخل تحت النهي وبعضهم رأى أنه قد دخل تحت النهي على ظاهر اللفظ ومن أخرجه من ذلك احتج بفعل علي في ذلك وذلك أنه روى النسخ وقام على قبر ابن المكلف فقيل له ألا تجلس يا أمير المؤمنين فقال قليل لا خينا قيامنا على قبره

﴿ الباب الخامس في الصلاة على الجنائز ﴾

وهذه الجلة يتعلق بها بمعرفة وجوبها فصول أحدها في صفة صلاة الجنائزة والثاني على من يصلي ومن أولى بالصلاة والثالث في وقت هذه الصلاة والرابع في موضع هذه الصلاة والخامس في شروط هذه الصلاة

﴿ الفصل الأول ﴾

فأما صفة الصلاة فانها تتعلق بها مسائل (المسئلة الاولى) اختلفوا في عدد التكبير في الصدر الأول اختلافا كثيرا من ثلاث الى سبع أعنى الصحابة رضى الله عنهم ولكن فقهاء الأمصار على أن التكبير في الجنائزة أربع الا ابن أبي ليلى وجابر بن زيد فانهما كانا يقولان انها خمس وسبب الاختلاف اختلاف الآثار في ذلك وذلك أنه روى من حديث أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نى التجاشي في اليوم الذى مات فيه وخرج بهم الى المصلى فصف بهم وكبر أربع تكبيرات وهو حديث متفق على صحته ولذلك أخذ به جمهور فقهاء الأمصار وجاء في هذا المعنى أيضا من أنه عليه الصلاة والسلام صلى على قبر مسكينة فكبر عليها أربعاً وروى مسلم أيضا عن عبد الرحمن بن أبي ليلى قال كان زيد بن أرقم يكبر على الجنائز أربعاً وأنه كبر على جنازة خنساء أثناء فقال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يكبرها وروى عن أبي خيثمة عن أبيه قال كان النبي صلى الله عليه وسلم يكبر على الجنائز أربعاً وخمسا وستا وسبعاً وثمانيا حتى مات التجاشي فصاف الناس وراءه وكبر أربعاً ثم ثبت صلى الله عليه وسلم على أربع حتى توفاه الله وهذا فيه حجة لائحة للجمهور وأجمع العلماء على رفع اليدين في أول التكبير على الجنائزة. واختلفوا في سائر التكبير فقال قوم يرفعون وقال قوم لا يرفعون وروى الترمذى عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كبر في جنازة فرفع يديه في أول التكبير ووضع يده اليمنى على اليسرى فن ذهب الى ظاهر هذا الأثر وكان مذهبه في الصلاة أنه لا يرفع الا في أول التكبير قال الرفع في أول التكبير ومن قال يرفع في كل تكبير شبه التكبير الثاني بالأول لأنه كده يفعل في حال القيام والاستواء (المسئلة الثانية) اختلف الناس في القراءة في صلاة الجنائزة فقال مالك وأبو حنيفة ليس فيها قراءة وإنما هو الدعاء وقال مالك قراءة فاتحة الكتاب فيها ليس بمعمول به في بلدنا بحال قال وإنما بحمد الله وبني عليه بعد التكبير الاولى ثم يكبر الثانية فيصلى على النبي صلى الله عليه وسلم ثم يكبر الثالثة فيشفع الميت ثم يكبر الرابعة ويسلم وقال الشافعي يقرأ بعد التكبير الاولى بفاتحة الكتاب ثم يفعل في سائر التكبيرات مثل ذلك وبه قال أحمد وداود وسبب اختلافهم معارضة العمل للأثر وهل يتناول أيضا اسم الصلاة صلاة الجنائز أم لا أما العمل فهو الذى حكاه مالك عن بلدته وأما الأثر فإرواه البخارى عن طلحة بن عبد الله بن عوف قال صليت خلف ابن عباس على جنازة فقرأ بفاتحة الكتاب فقال لتعلموا انها السنة فن ذهب الى ترجيح هذا الأثر على العمل وكان اسم الصلاة عنده صلاة الجنائزة وقد قال صلى الله عليه وسلم لا صلاة الا بفاتحة الكتاب رأى قراءة فاتحة الكتاب فيها ويمكن أن يحتج لمذهب مالك بظواهر الآثار التى نقل فيها دعاءه عليه الصلاة والسلام على الجنائز ولم ينقل فيها أنه قرأ وعلى هذا فتكون تلك الآثار كأنها معارضة لحديث ابن عباس ومخصصة لقوله لا صلاة الا بفاتحة الكتاب وذكر الطحاوى عن ابن شهاب عن أبي امامة بن سهل بن حنيف قال وكان من كبراء الصحابة وعلمائهم وأبناء الذين شهدوا وابدرا ان رجلا من أصحاب النبي عليه الصلاة والسلام أخبره أن السنة في الصلاة على الجنائز أن يكبر الامام

ثم يقرأ فاتحة الكتاب سراً في نفسه ثم يخلص السعاء في التكييرات الثلاث قال ابن شهاب فذكرت الذي أخبر به أبو امامة من ذلك لمحمد بن سويد الفهرى فقال وأنا سمعت الضحاك بن قيس يحدث عن حبيب بن مسامة في الصلاة على الجنائز بمثل ما حدثك به أبو امامة (المسئلة الثالثة) واختلفوا في التسليم من الجنائز هل هو واحد أو اثنان فالجمهور على أنه واحد وقالت طائفة وأبو حنيفة يسلم تسليمتين واختاره المزني من أصحاب الشافعي وهو أحد قولي الشافعي وسبب اختلافهم في التسليم من الصلاة وقياس صلاة الجنائز على الصلاة المفروضة فمن كانت عنده التسليمية واحدة في الصلاة المكتوبة وقاس صلاة الجنائز عليها قال بواحدة ومن كانت عنده تسليمتين في الصلاة المفروضة قال هاتين تسليمتين إن كانت عنده تلك سنة فهذه سنة وإن كانت فرضاً فهذه فرض وكذلك اختلف المذهب هل يجزئ فيها أو لا يجزئ بالسلام (المسئلة الرابعة) واختلفوا أين يقوم الامام من الجنائز فقال جلة من العلماء يقوم في وسطها ذكر الأتني وقال قوم آخرون يقوم من الأتني وسطها ومن الذكر عند رأسه ومنهم من قال يقوم من الذكر والأتني عند صدرهما وهو قول ابن القاسم وقول أبي حنيفة وليس عند مالك والشافعي في ذلك حد وقال قوم يقوم منهما أين شاء والسبب في اختلافهم اختلاف الآثار في هذا الباب وذلك أنه خرج البخاري ومسلم من حديث سمرة بن جندب قال صليت خلف رسول الله صلى الله عليه وسلم على أم كعب ماتت وهي نفساء فقام رسول الله صلى الله عليه وسلم للصلاة على وسطها وخرج أبو داود من حديث همام بن غالب قال صليت مع أنس بن مالك على جنازة رجل فقام حيال رأسه ثم جازأ بجنازة امرأة فقالوا يا أبا جزة صل عليها فقام حيال وسط السرير فقال العلماء بن زياد هكذا رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي على الجنائز كباراً رباءاً وقام على جنازة المرأة مقامك منها ومن الرجل مقامك منه قال نعم فاختلف الناس في المفهوم من هذه الأفعال فمنهم من رأى أن قيامه عليه الصلاة والسلام في هذه المواضع المختلفة يدل على الإباحة وعلى عدم التحديد ومنهم من رأى أن قيامه على أحد هذه الأوضاع أنه شرع وأنه يدل على التحديد وهؤلاء انقسموا قسمين فمنهم من أخذ بحديث سمرة بن جندب للائتيان على محتمه فقال المرأة في ذلك والرجل سواء لأن الأصل أن حكمهما واحد الآن ثبت في ذلك خارق شرعي ومنهم من صحح حديث ابن غالب وقال فيه زيادة على حديث سمرة بن جندب فيجب المصير إليها وليس بينهما تعارض أصلاً وأما من ذهب إلى أن قيامه على حنيفة فلا أعلم له من جهة السمع في ذلك مسنداً إلا ما روی عن ابن مسعود من ذلك (المسئلة الخامسة) واختلفوا في ترتيب جنازات الرجال والنساء إذا اجتمعوا عند الصلاة فقال الأكثر يجعل الرجال مما يلي الإمام والنساء مما يلي القبلة وقال قوم بخلاف هذا أي النساء مما يلي الإمام والرجال مما يلي القبلة وفيه قول ثالث أنه يصلي على كل على حدة الرجال مفردون والنساء مفردات وسبب الخلاف ما يغلب على الظن باعتبار أحوال الشرع من أنه يجب أن يكون في ذلك شرع محدود مع أنه لم يرد في ذلك شرع يجب الوقوف عنده ولتلك رأى كثير من الناس أنه ليس في أمثال هذه المواضع شرع أصلاً وأنه لو كان فيها شرع لبين للناس وانما ذهب الأكثر لما قلناه من تقديم الرجال على النساء لما رواه مالك في الموطأ من أن عثمان بن عفان وعبد الله بن عمر وأبا هريرة كانوا يصلون على الجنائز بالمدينة الرجال والنساء معاً فيصعدون الرجال مما يلي الإمام ويصعدون

النساء مما يلي القبلة وذكر عبد الرزاق عن ابن جريج عن نافع عن ابن عمر أنه صلى كذلك على جنازة فيها ابن عباس وأبو هريرة وأبو سعيد الخدري وأبو قتادة والامام يومئذ سعيد بن العاصي فسألهم عن ذلك وأمر من سألهم فقالوا هي السنة وهذا يدخل في المسند عندهم ويشبه أن يكون من قال بتقديم الرجال شبههم أمام الامام بحالهم خلف الامام في الصلاة ولقوله عليه الصلاة والسلام آخره حيث أخره الله وأما من قال بتقديم النساء على الرجال فيشبه أن يكون اعتقاد أن الأول هو المقدم ولم يجعل التقديم بالقرب من الامام وأما من فرق فأحتياطاً من أن لا يجوز ممنوعاً لأنه لم ترد سنة بجواز الجمع فيحقل أن يكون على أصل الاباحة ويحقل أن يكون ممنوعاً بالشرع وإذا وجد الاحتمال وجب التوقف إذا وجد اليه سبيل (المسئلة السادسة) واختلفوا في الذي يفوته بعض التكبير على الجنازة في مواضع منها هل يدخل بتكبير أم لا ومنها هل يقضى ما فاتته أم لا وإن قضى فهل يدعو بين التكبير أم لا فروى أشهب عن مالك أنه يكبر أول دخوله وهو أحد قولي الشافعي وقال أبو حنيفة ينتظر حتى يكبر الامام وحينئذ يكبر وهي رواية ابن القاسم عن مالك والقياس التكبير قياساً على من دخل في المفروضة وافق مالك وأبو حنيفة والشافعي على أنه يقضى ما فاتته من التكبير الآن أبا حنيفة يرى أن يدعو بين التكبير المقضى ومالك والشافعي يريان أن يقضيه نفساً وانما اتفقوا على القضاء لعموم قوله عليه الصلاة والسلام ما أدركتم فصلوا وما فاتكم فاتكم فأتوا فمن رأى أن هذا العموم يتناول التكبير والدعاء قال يقضى التكبير وما فاتته من الدعاء ومن أخرج الدعاء من ذلك إذا كان غير مؤقَّت قال يقضى التكبير فقط إذا كان هو المؤقَّت فكان تخصيص الدعاء من ذلك العموم هو من باب تخصيص العام بالقياس فأبو حنيفة أخذ بالعموم وهؤلاء بالخصوص (المسئلة السابعة) واختلفوا في الصلاة على القبر لمن فاتته الصلاة على الجنازة فقال مالك لا يصلى على القبر وقال أبو حنيفة لا يصلى على القبر الا الأولى فقط إذا فاتته الصلاة على الجنازة وكان الذي صلى عليها يميز ولها وقال الشافعي وأحمد وداود وجاعة يصلى على القبر من فاتته الصلاة على الجنازة واتفق القائلون بأجزة الصلاة على القبر أن من شرط ذلك حدوث الدفن وهؤلاء اختلفوا في هذه المدة وأكثرها شهر وسبب اختلافهم معارضة العمل للأثر أما مخالفة العمل فإن ابن القاسم قال قلت لمالك قال الحديث الذي جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه صلى على قبر امرأة قال قد جاء هذا الحديث وليس عليه العمل والصلاة على القبر ثابتة باتفاق من أصحاب الحديث قال أحمد بن حنبل رويت الصلاة على القبر عن النبي عليه الصلاة والسلام من طرق ستة كلها حسان وزاد بعض المحدثين ثلاثة طرق فذلك تسع وأما البخاري ومسلم فروى بذلك من طريق أبي هريرة وأما مالك فخرجه مرسلاً عن أبي أمامة بن سهل وقدرى ابن وهب عن مالك مثل قول الشافعي وأما أبو حنيفة فإنه جرى في ذلك على عادته فيما أحسب أعني من رد اخبار الأحاد التي تعيها البلوى إذا لم تنتشر ولا تنتشر العمل بها وذلك أن عدم الانتشار إذا كان خبراً شأنه الانتشار قرينة توهن الخبر وتخرج من غلبة الظن بصدقه الى الشك فيه أو الى غلبة الظن بكنبه أو نسخه قال القاضي وقد تكلمنا في سالف من كتابنا هذه في وجه الاستدلال بالعمل وفي هذا النوع من الاستدلال الذي يسميه الحنفية عموم البلوى وقلنا انها من جنس واحد

﴿ الفصل الثاني فحين يصلى عليه ومن أولى بالتقديم ﴾

وأجمع أكثر أهل العلم على إجازة الصلاة على كل من قال لا اله الا الله وفي ذلك أثر أنه قال عليه الصلاة والسلام صلا على من قال لا اله الا الله وسواء كان من أهل الكباير أو من أهل البدع إلا أن مالك أكره لأهل الفضل الصلاة على أهل البدع ولم ير أن يصلي الإمام على من قتله حدا واختلفوا فيمن قتل نفسه فرأى قوم أنه لا يصلي عليه وأجاز آخرون الصلاة عليه ومن العلماء من لم يجز الصلاة على أهل الكباير ولا على أهل البني والبدع والسبب في اختلافهم في الصلاة أمافي أهل البدع فلاختلافهم في تكفيرهم ببدعهم فمن كفرهم بالتأويل البعيد لم يجز الصلاة عليهم ومن لم يكفرهم اذ كان الكفر عنده انما هو تكذيب الرسول لا تأويل أقواله عليه الصلاة والسلام قال الصلاة عليهم جائزة وانما أجمع المسلمون على ترك الصلاة على المنافقين مع تلفظهم بالشهادة لقوله تعالى (ولا تصل على أحد منهم مات أبدا ولا تقم على قبره) الآية وانما اختلافهم في أهل الكباير فليس يمكن أن يكون له سبب الامن جهة اختلافهم في القول بالتكفير بالذنوب لكن ليس هذا من مذهب أهل السنة فلذلك ليس ينبغي أن يمنع الفقهاء الصلاة على أهل الكباير وأما كراهية مالك الصلاة على أهل البدع فذلك لمكان الزجر والعقوبة لهم وانما لم ير مالك صلاة الإمام على من قتله حدا لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يصل على ماعز ولم يبه عن الصلاة عليه خروجه أبوداود وانما اختلفوا في الصلاة على من قتل نفسه لحديث جابر بن سمرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أي أن يصلي على رجل قتل نفسه فمن صحح هذا الأثر قال لا يصلي على قاتل نفسه ومن لم يصححه رأى أن حكمه حكم المسلمين وان كان من أهل النار كورد به الأثر لكن ليس هو من المخلفين لكونه من أهل الايمان وقد قال عليه الصلاة والسلام حكاية عن ربه أخرجه من النار من في قلبه مثقال حبة من الايمان واختلفوا أيضا في الصلاة على الشهداء المقتولين في المعركة فقال مالك والشافعي لا يصلي على الشهيد المقتول في المعركة ولا يغسل وقال أبو حنيفة يصلي عليه ولا يغسل وسبب اختلافهم اختلاف في الآثار الواردة في ذلك وذلك أنه خرج أبوداود من طريق جابر أنه صلى الله عليه وسلم أمر بشهداء أحد فدفنوا بئيبهم ولم يصل عليهم ولم يغسلوا وروى من طريق ابن عباس مسندا أنه عليه الصلاة والسلام صلى على قتلى أحد وعلى حزة ولم يغسل ولم ييمم وروى أيضا ذلك مرسلا من حديث أبي مالك الغفاري وكذلك روى أيضا أن أعرابيا جاءه سهم فوق في حلقه فأتى فبصلى النبي صلى الله عليه وسلم عليه وقال ان هذا عبدك خرج مجاهدا في سبيلك فقتل شهيدا وأنشيد عليه وكلا الفريقين يرجح الأحاديث التي أخذ بها وكانت الشافعية تعتدل بحديث ابن عباس هذا وتقول برويه ابن أبي الزناد وكان قد اختل آخر عمره وقد كان شعبة يطعن فيه وأما الراشدين فليست عندهم بحجة واختلفوا متى يصلي على الطفل فقال مالك لا يصلي على الطفل حتى يستهل صارخا وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة يصلي عليه اذا نفخ فيه الروح وذلك أنه اذا كان له في بطن أمه أربعة أشهر فأكثر وبه قال ابن أبي ليلى وسبب اختلافهم في ذلك معارضة المطلق للقييد وذلك أنه روى الترمذي عن جابر ابن عبد الله عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال الطفل لا يصلي عليه ولا يرث ولا يرث حتى يستهل صارخا وروى عن النبي عليه الصلاة والسلام من حديث المغيرة بن شعبة أنه قال الطفل لا يصلي عليه فمن ذهب منه حديث جابر قال ذلك عام وهذا مفسر فالواجب أن يحمل ذلك العموم على هذا التفسير

فيكون معنى حديث المغيرة ان الطفل يصلى عليه اذا استهل صارخا ومن ذهب منهج حديث المغيرة قال معلوم أن المعتبر في الصلاة هو حكم الاسلام والحياة والطفل اذا تحرك فهو حي وحكمه حكم المسلمين وكل مسلم حتى اذا مات صلى عليه فرجوا هذا العموم على ذلك الخصوص لموضع موافقة القياس له ومن الناس من شذ وقال لا يصلى على الأطفال أصلا وروى أبو داود أن النبي صلى عليه الصلاة والسلام لم يصلى على ابنه ابراهيم وهو ابن ثمانية أشهر وروى فيه انه صلى عليه وهو ابن سبعين ليلة واختلفوا في الصلاة على الأطفال المسيبين فذهب مالك في رواية البصريين عنه ان الطفل من أولاد الحريين لا يصلى عليه حتى يعقل الاسلام سواء سبي مع أبويه أو لم يسب معهما وان حكمه حكم أبويه الا أن يسلم الأب فهو تابع له دون الأم ووافقه الشافعي على هذا الا أنه ان أسلم أحد أبويه فهو عنده تابع لمن أسلم منهما لا للاب وحده على ما ذهب اليه مالك وقال أبو حنيفة يصلى على الأطفال المسيبين وحكمهم حكم من سباهم وقال الأوزاعي اذا ملكهم المسلمون صلى عليهم يعني اذا بيعوا في السبي قالوه هذا جرى العمل في الشفر وبه الفتيا فيه وأجعبوا على انه اذا كانوا مع آبائهم ولم يملكهم مسلم ولا أسلم أحد أبويهم ان حكمهم حكم آبائهم والسبب في اختلافهم اختلافهم في أطفال المشركين هل هم من أهل الجنة أو من أهل النار وذلك انه جاء في بعض الآثار انهم من آبائهم أى ان حكمهم حكم آبائهم ودليل قوله عليه الصلاة والسلام كل مولود يولد على الفطرة ان حكمهم حكم المؤمنين * وأما من أولى بالتقديم الصلاة على الجنزة فقيل الولي وقيل الوالي فمن قال الوالي شبهه بصلاة الجمعة من حيث هي صلاة جماعة ومن قال الولي شبهها بسائر الحقوق التي الولي بها أحق مثل مواراته ودفنه وأكثر أهل العلم على أن الوالي بها أحق قال أبو بكر بن المنذر وقدم الحسين بن علي سعيد بن العاصي وهو والي المدينة ليصلى على الحسن بن علي وقالوا لولا انها سنة ما تقدمت قال أبو بكر وبه أقول وأكثر العلماء على انه لا يصلى الا على الحاضر وقال بعضهم يصلى على الغائب لحديث النجاشي والجمهور على أن ذلك خاص بالنجاشي وحده واختلفوا هل يصلى على بعض الجسد والجمهور على انه يصلى على أكثره لتناول اسم الميت له ومن قال انه يصلى على أقله قال لأن حرمة البعض كحرمة الكل لاسيما ان كان ذلك البعض محل الحياة وكان ممن يجيز الصلاة على الغائب

﴿ الفصل الثالث في وقت الصلاة على الجنزة ﴾

واختلفوا في الوقت الذي يجوز فيه الصلاة على الجنزة فقال قوم لا يصلى عليها في الأوقات الثلاثة التي ورد النهي عن الصلاة فيها وهي وقت الغروب والطلوع وزوال الشمس على ظاهر حديث عقبة بن عامر ثلاث ساعات كان رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهاها أن تصلى فيها وأن تقيموا تانا الحديث وقال قوم لا يصلى في الغروب والطلوع فقط ويصلى بعد العصر ما لم تصفر الشمس وبعد الصبح ما لم يكن الاسفار وقال قوم لا يصلى على الجنزة في الأوقات الخمسة التي ورد النهي عن الصلاة فيها وبه قال عطاء والنخعي وغيرهم وهو قياس قول أبي حنيفة وقال الشافعي يصلى على الجنزة في كل وقت لأن النهي عنده نكاه خارج على النوافل لا على السنن على ما تقدم

﴿ الفصل الرابع في مواضع الصلاة ﴾

- واختلفوا في الصلاة على الجنزة في المسجد فأجازها أكثر العلماء وكرهه بعضهم منهم أبو حنيفة وبعض

أصحاب مالك وقد روى كراهية ذلك عن مالك وتحقيقه إذا كانت الجنائز خارج المسجد والناس في المسجد وسبب الخلاف في ذلك حديث عائشة وحديث أبي هريرة أما حديث عائشة فأرواه مالك من أنها أمرت أن يمر عليها سعد بن أبي وقاص في المسجد حين مات لتدعو له فأنكر الناس عليها ذلك فقالت عائشة ما أسرع ما نسى الناس ما صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم على سهل بن بيضاء إلا في المسجد وأما حديث أبي هريرة فهو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من صلى على جنازة في المسجد فلا شئ له وحديث عائشة ثابت وحديث أبي هريرة غير ثابت أو غير متفق على ثبوته لكن انكار الصحابة على عائشة يدل على اشتها العمل بخلاف ذلك عندهم ويشهد لذلك بروزه صلى الله عليه وسلم للأصلي لصلاته على الجاشي وقيل زعم بعضهم أن سبب المنع في ذلك هو أن ميت بني آدم ميتة وفيه ضعف لأن حكم الميتة شرعي ولا يثبت لابن آدم حكم الميتة إلا بدليل وكره بعضهم الصلاة على الجنائز في المقابر للنهي الوارد عن الصلاة فيها وأجازها الأكثر لعموم قوله عليه الصلاة والسلام جعلت لي الأرض مسجدا وطهورا *

— الفصل الخامس في شروط الصلاة على الجنائز —

واتفق الأكثر على أن من شرطها الطهارة كما اتفق جميعهم على أن من شرطها القبلة واختلفوا في جواز التيمم لها إذا خيف فواتها فقال قوم يتيمم ويصلي لها إذا خاف الفوات وبه قال أبو حنيفة وسفيان والأوزاعي وجاعة وقال مالك والشافعي وأحمد لا يصلي عليها بتيمم وسبب اختلافهم قياسها في ذلك على الصلاة المفروضة فمن شبهها بها أجاز التيمم أعنى من شبه ذهاب الوقت بفوات الصلاة على الجنائز ومن لم يشبهها بها لم يجز التيمم لأنها عنده من فروض الكفاية أو من سنن الكفاية على اختلافهم في ذلك وشذذ قوم فقالوا يجوز أن يصلى على الجنائز بغير طهارة وهو قول الشعبي وهو لا يظنون أن اسم الصلاة لا يتناول صلاة الجنائز وإنما يتناولها اسم السجدة إذا كان ليس فيها ركوع ولا سجود

الباب السادس في الدفن

وأجمعوا على وجوب الدفن والأصل فيه قوله تعالى (أَلَمْ نَجْعَلِ الْأَرْضَ كِفَاتًا أَحْيَاءَ وَأَمْواتًا) وقوله (قُبِعَتْ اللَّهُ غَرَابًا يَبْحَثُ فِي الْأَرْضِ) وكره مالك والشافعي تخصيص القبور وأجاز ذلك أبو حنيفة وكذلك كره قوم القعود عليها وقوم أجازوا ذلك وتأولوا النهي عن ذلك أنه القعود عليها لحاجة الإنسان والآثار الواردة في النهي عن ذلك منها حديث جابر بن عبد الله قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن تخصيص القبور والكتابة عليها والجلوس عليها والبناء عليها ومنها حديث عمرو بن حزم قال رأى رسول الله صلى الله عليه وسلم على قبر فقال انزل عن القبر لا تؤذي صاحب القبر ولا يؤذيك واحتج من أجاز القعود على القبر بما روى عن زيد بن ثابت أنه قال إنما نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الجلوس على القبور لحث غائط أو بول قالوا ويؤذي ذلك ما روى عن أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من جلس على قبر يبول إليه أو يتغوط فكذا يجلس على حجرة نار وإلى هذا ذهب مالك وأبو حنيفة والشافعي

بسم الله الرحمن الرحيم صلى الله على سيدنا محمد وآله وسلم تسليما ٧

٧ (تنبه) حيث لنا التزامنا في التصحيح النسخة المغربية وهي قدمت كتاب الزكاة على الصيام فقدمناه تبعها وان كانت النسخة المصرية قدمت الصيام

والكلام المحيط بهذه العبادة بعلم معرفة وجوبها ينحصر في خمس جل الجلة الاولى في معرفة من تجب عليه الثانية في معرفة ما تجب فيه من الأموال الثالثة في معرفة كم تجب ومن كم تجب الرابعة في معرفة متى تجب ومتى لا تجب الخامسة معرفة لمن تجب وكم يجبله فأما معرفة وجوبها فمعلوم من الكتاب والسنة والاجماع ولا خلاف في ذلك (الجلية الاولى) وأما على من تجب فانهم اتفقوا انها على كل مسلم بالغ عاقل مالك للثياب ملكا تاما واختلفوا في وجوبها على اليتيم والمجنون والعبيد وأهل النسمة والناقص الملك مثل الذي عليه الدين وأوله الدين ومثل المال المحبس الأصل فأما الصغار فان قوما قالوا تجب الزكاة في أموالهم وبه قال علي وابن عمر وجابر وعائشة من الصحابة ومالك والشافعي والثوري وأحمد وإسحق وأبو ثور وغيرهم من فقهاء الأمصار وقال قوم ليس في مال اليتيم صدقة أصلا وبه قال النخعي والحسن وسعيد بن جبيرة من التابعين وفرق قوم بين ما يخرج الأرض وبين ما لا يخرجها فقالوا عليه الزكاة فيما يخرجها الأرض وليس عليه زكاة فيما عدا ذلك من الماشية والناض والعروض وغير ذلك وهو أبو حنيفة وأصحابه وفرق آخرون بين الناض وغيره فقالوا عليه الزكاة الا في الناض وسبب اختلافهم في إيجاب الزكاة عليه أولا إيجابها هو اختلافهم في مفهوم الزكاة الشرعية هل هي عبادة كالصلاة والصيام أم هي حق واجب للفقراء على الأغنياء فن قال انها عبادة اشترط فيها البلوغ ومن قال انها حق واجب للفقراء والمساكين في أموال الأغنياء لم يعتبر في ذلك بلاغا من غيره وأما من فرق بين ما يخرجها الأرض وألا يخرجها وبين الخفي والظاهر فلا علم له مستند في هذا الوقت وأما أهل النسمة فان الأكثر على أن لازكاة على جميعهم الاماروت طائفة من تضعيف الزكاة على نصارى بنى تغلب أثنى أن يؤخذ منهم مثلا ما يؤخذ من المسلمين في كل شيء ومن قال بهذا القول الشافعي وأبو حنيفة وأحمد والثوري وليس عن مالك في ذلك قول وانما صار هؤلاء لهذا لأنه ثبت أنه فعل عمر بن الخطاب بهم وكأنهم رأوا أن مثل هذا هو توقيف ولكن الأصول تعارضه وأما العبيد فان الناس فهم على ثلاثة مذاهب فقوم قالوا لا زكاة في أموالهم أصلا وهو قول ابن عمر وجابر من الصحابة ومالك وأحمد وأبي عبيد من الفقهاء وقال آخرون بل زكاة مال العبد على سيده وبه قال الشافعي فيما حكاه ابن المنذر والثوري وأبو حنيفة وأصحابه وأوجب طائفة أخرى على العبد في ماله الزكاة وهو مروى عن ابن عمر من الصحابة وبه قال عطاء من التابعين وأبو ثور من الفقهاء وأهل الظاهر وبعضهم وجهور من قال لا زكاة في مال العبد هم على أن لازكاة في مال المالك حتى يعتق وقال أبو ثور في مال المالك الزكاة وسبب اختلافهم في زكاة مال العبد اختلافهم في هل يملك العبد ملكا تاما أو غير تام فمن رأى أنه لا يملك ملكا تاما وأن السيد هو المالك اذ كان لا يتجاوز له من مالك قال الزكاة على السيد ومن رأى أنه لو اُخذ من مال السيد ملكا تاما لا السيد اذ كانت يد العبد هي التي عليه لا يد السيد ولا العبد أيضا لأن السيد انتزاعه منه قال لازكاة في ماله أصلا ومن رأى أن اليد على المال توجب الزكاة فيه لمكان تصرفها فيه تشبيها بتصرف يد الحر قال الزكاة عليه لا سيما من كان عنده أن الخطاب العام يتناول الأحرار والعبيد وأن الزكاة عبادة تتعلق بالمكلف لتصرف السيد في المال وأما المالكون الذين عليهم الديون التي تستغرق أموالهم أو تستغرق ما تجب فيه الزكاة من أموالهم وبأيديهم أموال تجب فيها

الزكاة فانهم اختلفوا في ذلك فقال قوم لازكاة في مال حبا كان أو غيره حتى تخرج منه الديون فان بقي ما يجب فيه الزكاة زكى والا فلا . وبه قال الثوري وأبو ثور وابن المبارك وجاعة وقال أبو حنيفة وأصحابه الدين لا يمنع زكاة الحبوب ومنع ماسواها وقال مالك الدين يمنع زكاة الناض فقط الا أن يكون له عروض فيها وفاء من دينه فانه لا يمنع . وقال قوم بمقابل القول الأول وهو أن الدين لا يمنع زكاة أصلا والسبب في اختلافهم اختلاف فهم هل الزكاة عبادة أو حق مرتب في المال للمساكين فمن رأى أنها حق لهم قال لازكاة في مال من عليه الدين لأن حق صاحب الدين متقدم بالزمان على حق المساكين وهو في الحقيقة مال صاحب الدين لا الذي المالك بيده . ومن قال هي عبادة قال تجب على من بيده مال لأن ذلك هو شرط التكليف وعلامته للمقتضية الوجوب على المكلف سواء كان عليه دين أو لم يكن وأيضا فانه قد تعارض هنالك حقان حق لله وحق للآدمي وحق الله أحق أن يقضى والأشبه بفرض الشرع إسقاط الزكاة عن المديان لقوله عليه الصلاة والسلام فيها صدقة تؤخذ من أغنيائهم وترد على فقرائهم والمدين ليس بغني وأما من فرق بين الحبوب وغير الحبوب وبين الناض وغير الناض فلا حمل له شبهة دينه وقد كان أبو عبيد يقول انه ان كان لا يعلم ان عليه دينا لا يقوله لم يصدق وان علم ان عليه دين لم يؤخذ منه وهذا ليس خلافا لمن يقول باسقاط الدين الزكاة وانما هو خلاف لمن يقول يصدق في الدين كما يصدق في المال وأما المال الذي هو في التمة أعنى في ذمة الغير وليس هو بيد المالك وهو الدين فانهم اختلفوا فيه أيضا فقوم قالوا لازكاة فيه وان قبض حتى يستكمل شرط الزكاة عند القابض له وهو الحول وهو أحد قولي الشافعي وبه قال الليث أو هو قياس قوله وقوم قالوا اذا قبضه زكاة لما مضى من السنين وقال مالك يزكيه لحول واحد وان أقام عند المديان سنين اذا كان أصله عن عوض وأما اذا كان عن غير عوض مثل الميراث فانه يستقبل به الحول وفي المنهج تفصيل في ذلك . ومن هذا الباب اختلافهم في زكاة الثمار المحبسة الأصول وفي زكاة الأرض المستأجرة على من يجب زكاة ما يخرج منها هل على صاحب الأرض أو صاحب الزرع ومن ذلك اختلافهم في أرض الخراج اذا انتقلت من أهل الخراج الى المسلمين وهم أهل العشر وفي الأرض العشر وهي أرض المسلمين اذا انتقلت الى الخراج أعنى أهل التمة وذلك انه يشبه أن يكون سبب الخلاف في هذا كله أنها ملاك ناقصة (أما المسئلة الاولى) وهي زكاة الثمار المحبسة الأصول فان مالكا والشافعي كانا يوجبان فيها الزكاة وكان مكحول وطاوس يقولان لازكاة فيها وفرق قوم بين أن تكون محبسة على المساكين وبين أن تكون على قوم باعياهم فأوجبوا فيها الصدقة اذا كانت على قوم باعياهم ولم يوجبوا فيها الصدقة اذا كانت على المساكين ولا معنى لمن أوجبها على المساكين لأنه يجتمع في ذلك شيان أنان أحدهما انها ملك ناقص والثانية انها على قوم غير معينين من الصنف الذين تصرف اليهم الصدقة لامن الذين تجب عليهم (وأما المسئلة الثانية) وهي الأرض المستأجرة على من يجب زكاة ما يخرجها فان قوما قالوا الزكاة على صاحب الزرع وبه قال مالك والشافعي والثوري وابن المبارك وأبو ثور وجاعة وقال أبو حنيفة وأصحابه الزكاة على رب الأرض وليس على المستأجر منه شيء والسبب في اختلافهم هل العشر حق الأرض أو حق الزرع أو حق مجموعهما الا أنه لم يقل

أحد أنه حق لجموعهما وهو في الحقيقة حق لجموعهما فلما كان عندهم أنه حق لأحد الأمرين اختلفوا في أيهما هو أولى أن ينسب إلى الموضع الذي فيه الاتفاق وهو كون الزرع والأرض للمالك واحد فذهب الجمهور إلى أنه للشيء الذي تجب فيه الزكاة وهو الحب وذهب أبو حنيفة إلى أنه للشيء الذي هو أصل الوجوب وهو الأرض وأما اختلافهم في أرض الخراج إذا انتقلت إلى المسلمين هل فيها عشر مع الخراج أم ليس فيها عشر فإن الجمهور على أن فيها العشر أعنى الزكاة وقال أبو حنيفة وأصحابه ليس فيها عشر وسبب اختلافهم كما قلناه في الزكاة حق الأرض أو حق الحب فإن قلنا أنه حق الأرض لم يجمع فيها حقان وهما العشر والخراج وإن قلنا الزكاة حق الحب كان الخراج حق الأرض والزكاة حق الحب وبما يجبي هذا الخلاف فيها لأنهم لم ينقصوا كما قلنا وإن ذلك اختلف العلماء في جواز بيع أرض الخراج وأما إذا انتقلت أرض العشر إلى الذي يزرعها فإن الجمهور على أنه ليس فيها شيء وقال النعمان إذا اشترى الذي أرض عشر تحولت أرض خراج فكأنه رأى أن العشر هو حق أرض المسلمين والخراج هو حق أرض النعمانيين لكن كان يجب على هذا الأصل إذا انتقلت أرض الخراج إلى المسلمين أن تعود أرض عشر كما أن عنده إذا انتقلت أرض العشر إلى الذي عادت أرض خراج ويتعلق بالمالك مسائل أليق المواضع بذلك كما هو هذا الباب أحدها إذا أخرج المرء الزكاة فضاعت والثانية إذا أمكن إخراجها فهلك بعض المال قبل الإخراج والثالثة إذا مات وتعليه زكاة والرابعة إذا باع الزرع أو الثمر وقد وجبت فيه الزكاة على من الزكاة وكذلك إذا وهبه (فأما المسئلة الأولى) وهي إذا أخرج الزكاة فضاعت فإن قوموا قالوا تجزئ عنه وقوم قالوا هو لها ضمن حتى يضعها موضعها وقوم فرقوا بين أن يخرجها بعد أن أمكنه إخراجها وبين أن يخرجها أول زمان الوجوب والامكان فقال بعضهم إن أخرجها بعد أم من الامكان والوجوب ضمن وإن أخرجها في أول الوجوب ولم يقع منه تفریط لم يضمن وهو مشهور من ذهب مالك وقوم قالوا إن فرط ضمن وإن لم يفرط زكى ما بقي وبه قال أبو ثور والشافعي وقال قوم بل يعد الذاهب من الجميع ويبقى المساكين ورب المال شريكين في الباقي بقدر حظهما من حظ رب المال مثل الشريكين يذهب بعض المال المشترك بينهما ويبقى شريكين على تلك النسبة في الباقي فينتحل في المسئلة خمسة أقوال قول أنه لا يضمن باطلاق وقول أنه يضمن باطلاق وقول أن فرط ضمن وإن لم يفرط لم يضمن وقول أن فرط ضمن وإن لم يفرط زكى ما بقي والقول الخامس يكونان شريكين في الباقي (وأما المسئلة الثانية) إذا ذهب بعض المال بعد الوجوب وقبل تمكن إخراج الزكاة فقوم قالوا زكى ما بقي وقوم قالوا حال المساكين وحال رب المال حال الشريكين يضيع بعض مالهما والسبب في اختلافهم تشبيه الزكاة بالدين أعنى أن يتعلق الحق فيها بالثمة لا بعين المال أو تشبيهها بالحقوق التي تتعلق بعين المال لا بذمة الذي يده على المال كالامناء وغيرهم فمن شبه مالكي الزكاة بالأمناء قال إذا أخرج فهلك المخرج فلا شيء عليه ومن شبههم بالغرماء قال يضمنون ومن فرق بين التفریط ولا تفریط ألحقهم بالأمناء من جميع الوجوه إذا كان الأمين يضمن إذا فرط وأما من قال إذا لم يفرط زكى ما بقي فإنه شبه من هلك بعض ماله بعد الإخراج بمن ذهب بعض ماله قبل وجوب الزكاة فيه كما أنه إذا وجبت الزكاة عليه فأنما يزكى الموجود فقط كذلك هذا أنما يزكى الموجود من ماله فقط وسبب الاختلاف هو تردد شبه المالك

بين الغريم والأمين والشريك ومن هلك بعض ماله قبل الوجوب وأما إذا وجبت الزكاة وتمكن من الإخراج فلم يخرج حتى ذهب بعض المال فانهم متفقون فيما أحسب أنه ضامن الإتيان المشايخ عند من رأى أن وجوبها انما يتبع بشرط خروج الساعى مع الحول وهو مذهب مالك (وأما المسئلة الثالثة) وهى اذا مات بعد وجوب الزكاة عليه فان قوما قالوا يخرج من رأس ماله وبه قال الشافعى وأجدوا سحقاً وبو ثور وقوم قالوا ان أوصى بها أخرجت عنه من الثلث والأفلاشي عليه ومن هؤلاء من قال يبدأ بها ان ضاع الثلث ومنهم من قال لا يبدأ بها وعن مالك القولان جميعاً ولكن المشهور انها بمنزلة الوصية وأما اختلافهم فى المال يباع بعد وجوب الصدقة فيه فان قوما قالوا يأخذ المصدق الزكاة من المال نفسه ويرجع المشتري ببقية على البائع وبه قال أبو ثور وقال قوم البيع مفسوخ وبه قال الشافعى وقال أبو حنيفة المشتري بالخيار بين انقاذ البيع ورده والعشر مأخوذ من الثمرة أو من الحب الذى وجبت فيه الزكاة وقال مالك الزكاة على البائع وسبب اختلافهم تشبيه بيع مال الزكاة بتفويته وأتلاف عينه فمن شبه بذلك قال الزكاة مترتبة فى ذمة المتلف والمفوت ومن قال البيع ليس بأتلاف لعين المال ولا تفويت له وانما هو بمنزلة من باع ماله ليس له قال الزكاة فى عين المال ثم هل البيع مفسوخ أو غير مفسوخ نظر آخر يذكر فى باب البيوع ان شاء الله تعالى ومن هذا النوع اختلافهم فى زكاة المال الموهوب وفى بعض هذه المسائل التى ذكرنا تفصيل فى المنهجم نرى أن تعرض له اذ كان ذلك غير موافق لغرضنا مع انه يعسر فيها اعطاء أسباب تلك الفروق لأنها كثرت استحسانية مثل تفصيلهم الديون التى تركى من التى لا تركى والديون المسقط للزكاة من التى لا تسقطها فهذا ما رأينا أن نذكره فى هذه الجلة وهى معرفة من تجب عليه الزكاة وشروط الملك التى تجب به وأحكام من تجب عليه وقد بقى من أحكامه حكم مشهور وهو ما إذا حكم من منع الزكاة ولم يحجب وجوبها فذهب أبو بكر رضى الله عنه الى أن حكمه حكم المرتد وبذلك حكم فى مانع الزكاة من العرب وذلك انه قال لهم وسى ذريتهم وخالفه فى ذلك عمر رضى الله عنه وأطلق من كان استرق منهم ويقول عمر قال الجمهور وذهب طائفة الى تكفير من منع فريضة من الفرائض وان لم يجحد وجوبها وسبب اختلافهم هل اسم الايمان الذى هو ضد الكفر ينطلق على الاعتقاد دون العمل فقط أو من شرطه وجود العمل معه ففهم من رأى ان من شرطه وجود العمل معه ومنهم من لم يشترط ذلك حتى لو لم يلفظ بالشهادة اذ اصدق بها حكمه حكم المؤمن عند الله والجمهور وهم أهل السنة على انه ليس يشترط فيه أعنى فى اعتقاد الايمان الذى ضده الكفر من الأعمال الا التلطف بالشهادة فقط لقوله صلى الله عليه وسلم أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله ويؤمنوا فى فاشترط مع العلم القول وهو عمل من الأعمال فمن شبه سائر الأفعال الواجبة بالقول قال جميع الأعمال المفروضة شرط فى العلم الذى هو الايمان ومن شبه القول بسائر الأعمال التى اتفق الجمهور على انها ليست شرطا فى العلم الذى هو الايمان قال التصديق فقط هو شرط الايمان وبه يكون حكمه عند الله تعالى حكم المؤمن والقولان شاذان واستثناء التلطف بالشهادتين من سائر الأعمال هو الذى عليه الجمهور (الجلة الثانية) وأما ما تجب فيه الزكاة من الأموال فانهم اتفقوا منها على أشياء واختلفوا فى أشياء أما ما اتفقوا عليه فصفان من المعدن الذهب والفضة اللتين ليستا بحلى وثلاثة أصناف من الحيوان الابل والبقر والغنم وصفان من

الحبوب الخنطة والشعير وصفان من الثمر والتمر والزيت وفي الزيت خلاف شاذ واختلفوا أما من الذهب في الحلي فقط وذلك انه ذهب فقهاء الحجاز مالك والليث والشافعي الى أنه لا زكاة فيه اذا أريد للزينة واللباس وقال أبو حنيفة وأصحابه فيه الزكاة والسبب في اختلافهم تردد شبهه بين العروض وبين التبر والفضة اللتين المقصود منهما المعاملة في جميع الأشياء فمن شبهه بالعروض التي المقصود منها المنافع وأولا قال ليس فيه زكاة ومن شبهه بالتبر والفضة التي المقصود منها المعاملة بها أولا قال فيه الزكاة ولاختلافهم أيضا سبب آخر وهو اختلاف الآثار في ذلك وذلك في انه روى جابر عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال ليس في الحلي زكاة وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان امرأة أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم ومعها ثياب لها وفي يدها بستان من ذهب فقال لها أتؤدين زكاة هذا قالت لا قال أيسرك أن يسورك الله بهما يوم القيامة سوارين من نار فخلعتهما وألقتهما الى النبي صلى الله عليه وسلم وقالت هما لله ولرسوله والآثران ضعيفان وبخاصة حديث جابر ولكون السبب الأمك لا اختلافهم ترددوا الحلي المتخذ للباس بين التبر والفضة اللتين المقصود منهما أولا المعاملة لا الاتفاح وبين العروض التي المقصود منها بالوضع الأول خلاف المقصود من التبر والفضة أعني الاتفاح بها لا المعاملة وأعني بالمعاملة كونها ثمنًا واختلف قول مالك في الحلي المتخذ للكراء فمرة شبهه بالحلي المتخذ للباس ومرة شبهه بالتبر المتخذ للمعاملة وأما ما اختلفوا فيه من الحيوان فمنه ما اختلفوا في نوعه ومنه ما اختلفوا في صنفه أما ما اختلفوا في نوعه فالخيل وذلك ان الجمهور على أن لا زكاة في الخيل فذهب أبو حنيفة الى أنها اذا كانت سائمة وقصد بها النسل ان فيها الزكاة أعني اذا كانت ذكرًا أو أنثى والسبب في اختلافهم معارضة القياس للفظ وما يظن من معارضة اللفظ للفظ فيها أما اللفظ الذي يقتضي أن لا زكاة فيها فقول عليه الصلاة والسلام ليس على المسلم في عبده ولا فرسه صدقة وأما القياس الذي عارض هذا العموم فهو أن الخيل السائمة حيوان مقصود به النماء والنسل فأشبهه بالابل والبقر وأما اللفظ الذي يظن انه معارض لذلك العموم فهو قوله عليه الصلاة والسلام وقد ذكر الخيل ولم ينس حق الله في رقبها ولا ظهورها فذهب أبو حنيفة الى أن حق الله هو الزكاة وذلك في السائمة منها قال القاضي وأن يكون هذا اللفظ مجملًا سوى منه أن يكون عامًا فيحتاج به في الزكاة وخالفه أبو حنيفة في هذه المسئلة صاحباه أبو يوسف ومحمد وصح عن عمر رضي الله عنه انه كان يأخذ منها الصدقة فقيل انه كان باختيار منهم وأما ما اختلفوا في صنفه فهي السائمة من الابل والبقر والغنم من غير السائمة منها فان قومًا أوجبوا الزكاة في هذه الأصناف الثلاثة سائمة كانت أو غير سائمة وبه قال الليث ومالك وقال سائر فقهاء الأمصار لا زكاة في غير السائمة من هذه الثلاثة الأنواع وسبب اختلافهم معارضة المطلق للقيود ومعارضة القياس للعموم اللفظ أما المطلق فقول عليه الصلاة والسلام في أربعين شاة وأما المقيّد فقول عليه الصلاة والسلام في سائمة الغنم الزكاة فمن غلب المطلق على المقيّد قال الزكاة في السائمة وغير السائمة ومن غلب المقيّد قال الزكاة في السائمة منها فقط ويشبه أن يقال ان من سبب الخلاف في ذلك أيضًا معارضة دليل الخطاب للعموم وذلك ان دليل الخطاب في قوله عليه الصلاة والسلام في سائمة الغنم الزكاة يقتضي أن لا زكاة في غير السائمة وعموم قوله عليه الصلاة والسلام في أربعين شاة يقتضي ان السائمة في هذا بمنزلة غير السائمة لكن العموم أقوى من دليل الخطاب كما

ان تغليب المقيد على المطلق أشهر من تغليب المطلق على المقيد وذهب أبو محمد بن حزم الى أن المطلق يقتضى على المقيد وان فى الغنم سائمة وغير سائمة الزكاة وكذلك فى الابل لقوله عليه الصلاة والسلام ليس فيما دون خمس ذود من الابل صدقة وان البقر لما لم يثبت فيها أثر وجب أن يتسك فيها بالاجاع وهو أن الزكاة فى السائمة منها فقط فتكون التفرقة بين البقر وغيرها قول ثالث وأما القياس المعارض لعموم قوله عليه الصلاة والسلام فيها أن أربعين شاة فهو ان السائمة هى التى المقصود منها النماء والربح وهو الموجود فيها أكثر ذلك والزكاة انما هى فضلات الأموال والفضلات انما توجد أكثر ذلك فى الأموال السائمة ولذلك اشترط فيها الحول فمن خصص بهذا القياس ذلك العموم لم يوجب الزكاة فى غير السائمة ومن لم يخصص ذلك ورأى ان العموم أقوى أوجب ذلك فى الصنفين جميعا فهذا هو ما اختلفوا فيه من الحيوان التى تجب فيه الزكاة وأجمعوا على انه ليس فيما يخرج من الحيوان زكاة الا العسل فانهم اختلفوا فيه فالجمهور على انه لا زكاة فيه وقال قوم فيه الزكاة وسبب اختلافهم اختلافهم فى توضيح الأثر الوارد فى ذلك وهو قوله عليه الصلاة والسلام فى كل عشرة أذنق زق خرجه الترمذى وغيره وأما ما اختلفوا فيه من النبات بعد اتفاقهم على الأصناف الأربعة التى ذكرناها فهو جنس النبات الذى تجب فيه الزكاة فمنهم من لم ير الزكاة الا فى تلك الأربعة فقط وبه قال ابن أبى ليلى وسفيان الثورى وابن المبارك ومنهم من قال الزكاة فى جميع المدخر المقتات من النبات وهو قول مالك والشافعى ومنهم من قال الزكاة فى كل ما يخرج من الأرض ماعدا الحشيش والحطب والقصب وهو أبو حنيفة وسبب الخلاف أمانين من قصر الزكاة على الأصناف المجمع عليها وبين من عداها الى المدخر المقتات فهو اختلافهم فى تعلق الزكاة بهذه الأصناف الأربعة هل هو لعينها ولعلة فيها وهى الاقتيات فمن قال لعينها قصر الوجوب عليها ومن قال لعلة الاقتيات عدى الوجوب لجميع المقتات وسبب الخلاف بين من قصر الوجوب على المقتات وبين من عداها الى جميع ما يخرج من الأرض الاما وقع عليه الاجاع من الحشيش والحطب والقصب هو معارضة القياس لعموم اللفظ أما اللفظ الذى يقتضى العموم فهو قوله عليه الصلاة والسلام فيما سقت السماء العشر وفيما سقى بالنضح نصف العشر وما معنى الذى والذى من ألفاظ العموم وقوله تعالى (وهو الذى أنشأ جنات معروشات) الآية الى قوله (وأنا وحقه يوم حساده) وأما القياس فهو ان الزكاة انما المقصود منها سد الحاجة وذلك لا يكون غالبا الا فيما هو قوت فمن خصص العموم بهذا القياس أسقط الزكاة عما عدا المقتات ومن غلب العموم أرجحها فيما عدا ذلك الاما أخرجه الاجاع والذين اتفقوا على المقتات اختلفوا فى أشياء من قبل اختلافهم فيها هل هى مقتاته أم ليست بمقتاته وهل يقاس على ما اتفق عليه أو ليس يقاس مثل اختلاف مالك والشافعى فى الزيتون فان مالكاً ذهب الى وجوب الزكاة فيه ومنع ذلك الشافعى فى قوله الأخير بمصر وسبب اختلافهم هل هو قوت أم ليس بقوت ومن هذا الباب اختلاف أصحاب مالك فى إيجاب الزكاة فى التين أولا إيجابها وذهب بعضهم الى أن الزكاة تجب فى الثمار دون الخضر وهو قول ابن حبيب لقوله سبحانه وهو الذى أنشأ جنات معروشات وغير معروشات الآية ومن فرق فى الآية بين الثمار والزيتون فلاوجه لقوله الاوجه ضعيف واتفقوا على أن لازكاة فى العروض التى لم يقصد بها التجارة واختلفوا فى إيجاب الزكاة فيما اتخذ منها للتجارة فذهب فقهاء الأمصار الى وجوب ذلك ومنع ذلك أهل الظاهر

والسبب في اختلافهم اختلافهم في وجوب الزكاة بالقياس واختلافهم في تصحيح حديث سمرة بن جندب أنه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يأمر بأن يخرج الزكاة بماعده للبيع وفيا روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال أدركت البر وأما القياس الذي اعقده الجمهور فهو أن العروض المتخذة للتجارة مال مقصوده التمنية فأشبهه الأجناس الثلاثة التي فيها الزكاة باتفاق أعنى الحرث والماشية والذهب والفضة وزعم الطحاوي أن زكاة العروض ثابتة عن عمر وابن عمر ولا يخالفهم من الصحابة وبعضهم يرى أن مثل هذا هو إجماع من الصحابة أعنى إذا قل عن واحد واحد من هذه الأموال الزكاة وهو المقدار الذي فيه تجب الزكاة فيماله منها نصاب ومعرفة الواجب من ذلك أعنى في عينه وقدره فأنما نذكر من ذلك ما اتفقوا عليه واختلفوا فيه في جنس جنس من هذه الأجناس المتفق عليها والمختلف فيها عند الذين اتفقوا عليه ولنجعل الكلام في ذلك في فصول الفصل الأول في الذهب والفضة الثاني في الأبل الثالث في الغنم الرابع في البقر الخامس في النبات السادس في العروض

﴿ الفصل الأول ﴾

أما المقدار الذي تجب فيه الزكاة من الفضة فانهم اتفقوا على أنه خمس أواق لقوله عليه الصلاة والسلام الثابت ليس في أدون خمس أواق من الورق صدقة ماعدا المعدن من الفضة فانهم اختلفوا في اشتراط النصاب منه وفي المقدار الواجب فيه والأوقية عندهم أربعون درهما كيلا وأما المقدار الواجب فيه فانهم اتفقوا على أن الواجب في ذلك هو ربع العشر أعنى في الفضة والذهب معا مالم يكونا خرما من معدن واختلفوا من هذا الباب في مواضع خمسة أحدها في نصاب الذهب والثاني هل فيهما أوقاص أم لا أعنى هل فوق النصاب قدر لا تزيد الزكاة بزادته والثالث هل يضم بعضها إلى بعض في الزكاة فيعدان كصنف واحد أعنى عند إقامة النصاب أم هما صنفان مختلفان والرابع هل من شرط النصاب أن يكون المالك واحدا لاثنين الخامس في اعتبار نصاب المعدن وحوله وقدر الواجب فيه (أما المسئلة الأولى) وهي اختلافهم في نصاب الذهب فإن أكثر العلماء على أن الزكاة تجب في عشرين دينارا وزنا كما تجب في مائتي درهم وهذا من ذهب مالك والشافعي وأبي حنيفة وأصحابهم وأحد وجاعة فقهاء الأمصار وقالت طائفة منهم الحسن بن أبي الحسن البصري وأكثر أصحاب داود بن علي ليس في الذهب شيء حتى يبلغ أربعين دينارا ففيها ربع عشرها دينار واحد وقالت طائفة ثالثة ليس في الذهب زكاة حتى يبلغ صرفها مائتي درهم وأقيمتها فإذا بلغت ففيها ربع عشرها كان وزن ذلك من الذهب عشرين دينارا أو أقل أو أكثر هذا فيما كان منها دون الأربعين دينارا فإذا بلغت أربعين دينارا كان الاعتبار بها نفسها لا بالدرهم لا صرفا ولا قيمة وسبب اختلافهم في نصاب الذهب أنه لم يثبت في ذلك شيء عن النبي صلى الله عليه وسلم كما ثبت ذلك في نصاب الفضة وما روى الحسن بن عمار عن حديثه على أنه عليه الصلاة والسلام قال ها تواركة الذهب من كل عشرين دينارا نصف دينار فليس عندنا أكثر مما يجب العمل به لا أفراد الحسن بن عمارته فلم ينصح عنده هذا الحديث اعتمد في ذلك على الإجماع وهو اتفاقهم على وجوبها في الأربعين وأما مالك فاعتمد في ذلك على العمل ولذلك قال في الموطأ السنة التي لا اختلاف فيها عندنا

ان الزكاة تجب في عشر بن دينار كما تجب في مائتي درهم وأما الذين جعلوا الزكاة فيادون الأربعين تبعاً للدرهم فإنه لما كانا عندهم من جنس واحد جعلوا الفضة هي الأصل اذ كان النص قد ثبت فيها وجعلوا الذهب تابعاً لها في القيمة لا في الوزن وذلك فيادون موضع الاجماع ولما قيل أيضاً ان الرقة اسم يتناول الذهب والفضة وجاء في بعض الآثار ليس فيادون خمس أواق من الرقة صدقة (المسئلة الثانية) وأما اختلافهم فيما زاد على النصاب فيها فإن الجمهور قالوا ان ما زاد على مائتي درهم من الوزن ففيه بحسب ذلك أعنى ربع العشر وعن قال بهذا القول مالك والشافعي وأبو يوسف ومحمد صاحب أبي حنيفة وأحد بن حنبل وجاعة وقالت طائفة من أهل العلم أكثرهم أهل العراق لاشئ فيأزاد على المائتي درهم حتى تبلغ الزيادة أربعين درهماً فإذا بلغت كان فيارب ربع عشرها وذلك درهم وهذا القول قال أبو حنيفة وزفر وطائفة من أصحابهما وسبب اختلافهم اختلافهم في تصحيح حديث الحسن بن عمار ومعارضة دليل الخطاب له وترددهما بين أصليين في هذا الباب مختلفين في هذا الحكم وهي الماشية والحبوب أما حديث الحسن بن عمار فإنه رواه عن أبي اسحق عن عاصم بن ضمرة عن علي عن النبي صلى الله عليه وسلم قال قد عفوت عن صدقة الخيل والريق فيأتوا من الرقة ربع العشر من كل مائتي درهم خمسة دراهم ومن كل عشر بن دينار نصف دينار وليس في مائتي درهم شئ حتى يحول عليها الحول ففيها خمسة دراهم فيأزاد في كل أربعين درهماً درهم وفي كل أربعة دراهم نصف دينار ودرهم وأما دليل الخطاب المعارض له فقوله عليه الصلاة والسلام ليس فيادون خمس أواق من الورق صدقة ومفهومه ان فيأزاد على ذلك الصدقة قل أو أكثر وأما تردهما بين الاصليين الذين هما الماشية والحبوب فإن النص على الاوقاص ورد في الماشية وأجمعوا على أنه لا أوقاص في الحبوب فمن شبه الفضة والذهب بالماشية قال فيهما الاوقاص ومن شبههما بالحبوب قال لا اوقاص (وأما المسئلة الثالثة) وهي ضم الذهب الى الفضة في الزكاة فإن عند مالك وأبي حنيفة وجاعة انهما يضم الدراهم الى الدينارين فإذا اكمل من مجموعهما نصاب وجبت فيه الزكاة وقال الشافعي وأبو ثور وداود لا يضم ذهب الى فضة ولا فضة الى ذهب وسبب اختلافهم هل كل واحد منهما يجب فيه الزكاة بعينه أم لسبب يعبرهما وهو كونهما كما يقول الفقهاء رؤس الاموال يقيم المتلفات فمن رأى ان المعبر في كل واحد منهما هو عينه ولذلك اختلف النصاب فيهما قال هما جنسان لا يضم أحدهما الى الثاني كالحال في البقر والغنم ومن رأى ان المعبر فيهما هو ذلك الأمر الجامع الذي قلناه أوجب ضم بعضهما الى بعض وشبه أن يكون الاظهر اختلاف الاحكام حيث تختلف الاسماء وتختلف الموجودات أنفسها وان كان قديومهم اتحدتهما اتفاق المنافع وهو الذي اعتقد مالك رحمه الله في هذا الباب وفي باب الربا والذين أجازوا ضمهما اختلفوا في صفة الضم فرأى مالك ضمهما بصرف محدود وذلك بان يزل الدينار بعشرة دراهم على ما كانت عليه قديماً فمن كانت عنده عشرة دنانير ومائة درهم وجبت عليه فيها الزكاة عنده وجاز أن يخرج من الواحد عن الآخر وقال من هؤلاء آخرون تضم بالقيمة في وقت الزكاة فمن كانت عنده مثلاً مائة درهم وتسعة مثاقيل قيمتها مائة درهم وجبت عليه فيها الزكاة أو من كانت عنده مائة درهم تساوي أحد عشر مثقالاً وتسعة مثاقيل وجبت عليه أيضاً فيها الزكاة وعن قال بهذا القول أبو حنيفة ومثل

هذا القول قال الثوري لأنه راعى الاحوط للساكنين في الضم أعنى القبة أو الصرف المحدود ومنهم من قال يضم الأقل منها إلى الأكثر ولا يضم الأكثر إلى الأقل وقال آخرون تضم الدنانير بشقيتها أبدا كانت الدنانير أقل من الدراهم أو أكثر ولا تضم الدراهم إلى الدنانير لأن الدراهم أصل والدنانير فرع اذ كان لم يثبت في الدنانير حديث ولا إجماع حتى تبلغ أربعين وقال بعضهم إذا كان عنده نصاب من أحدهما ضم إليه قليل الآخر وكثيره ولم ير الضم في تكميل النصاب اذ لم يكن في واحد منهما نصاب بل في مجموعهما وسبب هذا الارتباك ما راموه من أن يجعلوا من شيئين نصابهما مختلف في الوزن نصابا واحدا وهذا كله لا معنى له ولعل من رام ضم أحدهما إلى الآخر فقد أحدث حكما في الشرع حيث لا حكم لأنه قد قال بنصاب ليس هو بنصاب ذهب ولا فضة ويستحيل في عادة التكليف والأمر بالبيان أن يكون في أمثال هذه الأشياء المحتملة حكم مخصوص فيسكت عنه الشارع حتى يكون سكوت سببا لان يعرض فيه من الاختلاف ما مقداره هذا المقدار والشارع انما بعث صلى الله عليه وسلم لرفع الاختلاف (وأما المسئلة الرابعة) فإن عندما لك وأبي حنيفة ان الشر يكين ليس يجب على أحدهما زكاة حتى يكون لكل واحد منهما نصاب وعند الشافعي ان المال المشترك حكمه حكم مال رجل واحد وسبب اختلافهم الاجال الذي في قوله عليه الصلاة والسلام ليس فيمادون خمس أواق من الورق صدقة فإن هذا القدر يمكن أن يفهم منه أنه انما يخصه هذا الحكم اذا كان مالك واحد فقط ويمكن أن يفهم منه أنه يخصه هذا الحكم كان مالك واحداً وأكثر من مالك واحد لأنه لما كان مفهوم اشتراط النصاب انما هو الرفق فواجب أن يكون النصاب من شرطه أن يكون مالك واحد وهو الاظهر والله أعلم والشافعي كأ أنه شبه الشركة بالخطأ ولكن تأثير الخطأ في الزكاة غير متفق عليه على ما سياتي بعد (وأما المسئلة الخامسة) وهي اختلافهم في اعتبار النصاب في المعدن وقدر الواجب فيه فإن مالكا والشافعي راعيا النصاب في المعدن وانما الخلاف بينهما ان مالكا لم يشترط الحول واشترطه الشافعي على ما سبق قول بعد في الجلة الرابعة وكذلك لم يختلف قولهما ان الواجب فيما يخرج منه هور ربع العشر وأما أبو حنيفة فلم ير فيه نصبا ولا حولا وقال الواجب هو الخمس وسبب الخلاف في ذلك هل اسم الركا ز يتناول المعدن أم لا يتناوله لأنه قال عليه الصلاة والسلام وفي الركا ز الخمس وروى أشهب عن مالك أن المعدن الذي يوجد بغير عمل انه ركا ز وفيه الخمس فسبب اختلافهم في هذا هو اختلافهم في دلالة اللفظ وهو أحد أسباب الاختلافات العامة التي ذكرناها

الفصل الثاني في نصاب الابل والواجب فيه

وأجمع المسلمون على ان في كل خمس من الابل شاة إلى أربع وعشرين فإذا كانت خسا وعشرين ففيها ابنة مخاض إلى خمس وثلاثين فإن لم تكن ابنة مخاض فإن لبون ذكر فإذا كانت ستا وثلاثين ففيها بنت لبون إلى خمس وأربعين فإذا كانت ستا وأربعين ففيها حقة إلى ستين فإذا كانت واحدا وستين ففيها جنة إلى خمس وسبعين فإذا كانت ستا وسبعين ففيها بنت لبون إلى تسعين فإذا كانت واحدا وتسعين ففيها حقتان إلى عشرين ومائة لثبت هذا كله في كتاب الصدقة الذي أمر به رسول الله صلى الله عليه وسلم وعمل به بعده أبو بكر وعمر واختلفوا مناهي مواضع منها فيما زاد على العشرين والمائة ومنها اذ عدم السن الواجبة عليه وعنده السن الذي فوقه أو الذي تحته ما حكمه ومنها هل تجب الزكاة في صغار الابل

وان وجبت فما الواجب (فاما المسئلة الاولى) وهي اختلافهم فيما زاد على المائة وعشرين فان مالكا قال اذا زادت على عشرين ومائة واحدة فالصدق بالخيار ان شاء أخذ ثلاث بنات لبون وان شاء أخذ حقتين الى أن تبلغ ثلاثين ومائة فيكون فيها حقة وابتالبون وقال ابن القاسم من أصحابه بل يأخذ ثلاث بنات لبون من غير خيار الى أن تبلغ ثمانين ومائة فتكون فيها حقة وابتالبون وبهذا القول قال الشافعي وقال عبد الملك بن الماجشون من أصحاب مالك بل يأخذ الساعي حقتين فقط من غير خيار الى أن تبلغ مائة وثلاثين وقال الكوفيون أبو حنيفة وأصحابه والثوري اذا زادت على عشرين ومائة عادت الفريضة على أولها ومعنى عودها أن يكون عندهم في كل خمس ذود شاة فاذا كانت الابل مائة وخمسة وعشرين كان فيها حقتان وشاة الحقتان للمائة والعشرين والشاة للخمس فاذا بلغت ثلاثين ومائة ففيها حقتان وشاتان فاذا كانت خمسا وثلاثين ففيها حقتان وثلاث شياه الى أربعين ومائة ففيها حقتان وأربع شياه الى خمس وأربعين ومائة فاذا بلغت فيها حقتان وابنة مخاض للمائة والعشرين وابنة المخاض للخمس وعشرين كما كانت في الفرض الاول الى خمسين ومائة فاذا بلغت فيها ثلاث حقات فاذا زادت على الخمسين ومائة استقبل بها الفريضة الاولى الى أن تبلغ مائتين فيكون فيها أربع حقات ثم يستقبل بها الفريضة وأماما بعد الكوفيين من الفقهاء فانهم اتفقوا على أن ما زاد على المائة والثلاثين ففي كل أربعين بنت لبون وفي كل خمسين حقة * وسبب اختلافهم في عودة الفرض أولا وعودته اختلاف الآثار في هذا الباب وذلك انه ثبت في كتاب الصدقة أنه قال عليه الصلاة والسلام فما زاد على العشرين ومائة ففي كل أربعين بنت لبون وفي كل خمسين حقة وروى من طريق أبي بكر بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده عن النبي عليه الصلاة والسلام انه كتب كتاب الصدقة وفيه اذا زادت الابل على مائة وعشرين استوفيت الفريضة فذهب الجمهور الى ترجيح الحديث الاول اذ هو أثبت وذهب الكوفيون الى ترجيح حديث عمرو بن حزم لانه ثبت عندهم هذا من قول علي وابن مسعود قالوا ولا يصح أن يكون مثل هذا الاوقيفا اذ كان مثل هذا لا يقال بالقياس * وأما سبب اختلاف مالك وأصحابه والشافعي فيما زاد على المائة وعشرين الى الثلاثين فلانه لم يستقيم لهم حساب الاربعينيات والاثنتين فبن رأى ان ما بين المائة وعشرين الى أن يستقيم الحساب وقص قال ليس فيما زاد على ظاهر الحديث الثابت شيء ظاهر حتى يبلغ مائة وثلاثين وهو ظاهر الحديث وأما الشافعي وابن القاسم فاما ذهبوا الى أن فيها ثلاث بنات لبون لانه قد روى عن ابن شهاب في كتاب الصدقة أنها اذا بلغت احدى وعشرين ومائة ففيها ثلاث بنات لبون فاذا بلغت ثلاثين ومائة ففيها بثلثون وحقة * فاسبب اختلاف ابن الماجشون وابن القاسم هو معارضة ظاهر الاثر الثابت للتفسير الذي في هذا الحديث فابن الماجشون رجح ظاهر الاثر للاتفاق على ثبوته وابن القاسم والشافعي جلا لجمل على الفصل المفسر وأما تخيير مالك الساعي فكانه جمع بين الاثرين والله اعلم (وأما المسئلة الثانية) وهو اذا عدم السن الواجب من الابل الواجبة وعنده السن الذي فوق هذا السن أو تحته فان مالكا قال يكف شرء ذلك السن وقال قوم بل يعطى السن الذي عنده وزيادة عشرين درهما ان كان السن الذي عنده أخط أو شاتين وان كان أعلى دفع اليه المصدق عشرين درهما أو شاتين وهذا ثابت في كتاب الصدقة فلامعنى للمنازعة فيه ولعل مالكا لم يبلغه هذا الحديث

وهذا الحديث قال الشافعي وأبو ثور وقال أبو حنيفة الواجب عليه القمية على أصله في إخراج القيم في الزكاة وقال قوم بل يعطى السن الذي عنده وما بينهما من القمية (وأما المسئلة الثالثة) وهي هل يجب في صغار الابل وان وجبت فإذا يكسف فإن قوما قالوا يجب فيها الزكاة وقوم قالوا لا يجب وسبب اختلافهم هل يتناول اسم الجنس الصغار أولا يتناوله والذين قالوا لا يجب فيها زكاة هو أبو حنيفة وجاعة من أهل الكوفة وقد احتجوا بحديث سويد بن عقلة أنه قال أنا ما صدق النبي عليه الصلاة والسلام فأنيته فجلست إليه فسمعتة يقول ان في عهدي أن لا أخسن راضع لبن ولا أجمع بين مفترق ولا نفرق بين مجمع قال وأتاه رجل بناقاة كوماء فاني أن يأخذها والذين أوجبوا الزكاة فيها منهم من قال يكسف شراء السن الواجبة عليه ومنهم من قال يأخذونها وهو الاقيس وبنحو هذا الاختلاف اختلفوا في صغار البقر وسخال الغنم

❦ الفصل الثالث في نصاب البقر وقدر الواجب في ذلك ❦

جمهور العلماء على ان في ثلاثين من البقر تبيعا وفي أربعين مسنة وقالت طائفة في كل عشر من البقر شاة ا ثلاثين ففيها تبيع وقيل اذا بلغت خسا وعشرين ففيها بقرة الى خمس وسبعين ففيها بقرتان اذا جاوزت ذلك فاذا بلغت مائة وعشرين ففي كل أربعين بقرة وهذا عن سعيد بن المسيب واختلف فقهاء الامصار فيما بين الاربعين والستين فنهب مالك والشافعي وأحمد والثوري وجاعة ان لاشئ فيجازى على الاربعين حتى تبلغ ستين فاذا بلغت ستين ففيها تبيعان الى سبعين ففيها مسنة وتبيع الى ثمانين ففيها مستتان الى تسعين ففيها ثلاثة أتبعه الى مائة ففيها تبيعان ومسنة ثم هكذا ما زاد في كل ثلاثين تبيع وفي كل أربعين مسنة وسبب اختلافهم في النصاب ان حديث معاذ غير متفق على صحته ولذلك لم يخرج به الشيخان وسبب اختلاف فقهاء الامصار في الوقص في البقر أنه جاء في حديث معاذ هذا انه توقف في الاوقاص وقال حتى أسأل فيها النبي عليه الصلاة والسلام فلما قدم عليه وجدته قد توفي صلى الله عليه وسلم فلما لم يرد في ذلك نص طلب حكمه من طريق القياس فن قاسها على الابل والغنم لم ير في الاوقاص شيئا ومن قال ان الأصل ان في الاوقاص الزكاة الا ما استثناه الدليل من ذلك وجب أن لا يكون عنده في البقر وقص اذا دلل هنالك من اجماع ولا غيره

❦ الفصل الرابع في نصاب الغنم وقدر الواجب من ذلك ❦

وأجمعوا من هذا الباب على ان في سائمة الغنم اذا بلغت أربعين شاة الى عشرين ومائة فاذا زادت على العشرين ومائة ففيها شاتان الى مائتين فاذا زادت على المائتين فثلاث شياه الى ثلاثمائة فاذا زادت على الثلاثمائة ففي كل مائة شاة وذلك عند الجمهور الا الحسن بن صالح فإنه قال اذا كانت الغنم ثلاثمائة شاة وشاة واحدة ان فيها أربع شياه واذا كانت أربع مائة شاة وشاة ففيها خمس شياه وروى قوله هذا عن منصور عن ابراهيم والآثار الثابتة المرفوعة في كتاب الصدقة على اقال الجمهور واتفقوا على ان المعز تضم مع الغنم واختلفوا من أي صنف منها يأخذ المصدق فقال مالك يأخذ من الاكثر عددا فان استوت خير الساعي وقال أبو حنيفة بل الساعي يجبر اذا اختلفت الاصناف وقال الشافعي يأخذ الوسط من الاصناف المختلفة لقول عمر رضي الله عنه نعد عليهم السخلة يحملها الراعي ولا نأخذها ولا نأخذ الاكولة ولا الربي ولا الماخض ولا خل الغنم وتأخذ الجذعة والثنية وذلك عدل بين خيار المال ووسطه

وكذلك اتفق جماعة فقهاء الامصار على انه لا يؤخذ في الصدقة نيس ولا هزمة ولا ذات عور لثبوت ذلك في كتاب الصدقة الآن يرى المصدق ان ذلك خبر للمساكين واختلفوا في العبياء وذات العلة هل تعد على صاحب المال أم لا فرأى مالك والشافعي ان تعد وروى عن أبي حنيفة انها لا تعد وسبب اختلافهم هل مطلق الاسم يتناول الامحاء والمرضى أم لا يقتناولهما واختلفوا من هذا الباب في نسل الامهات هل تعد مع الامهات فيكمل النصاب بها اذ لم تبلغ نصابا فقال مالك يعد بها وقال الشافعي وأبو حنيفة وأبو ثور لا يعتد بالسخال الآن تكون الامهات نصابا وسبب اختلافهم احتمال قول عمر رضي الله عنه اذا مر ان تعد عليهم بالسخال ولا يؤخذ خيل منهن شي فان قوما فهموا من هذا اذا كانت الامهات نصابا وقوم فهموا هذا مطلقا وأحسب ان أهل الظاهر لا يرجعون في السخال شي ولا يعدون بها لا كانت الامهات نصابا ولا لم تكن لان اسم الجنس لا ينطلق عليها عندهم وأكثر الفقهاء على ان الخلطة تأثير في قدر الواجب من الزكاة واختلف القائلون بذلك هل لها تأثير في قدر النصاب أم لا وأما أبو حنيفة وأصحابه فم يروا للخلطة تأثير لا في قدر الواجب ولا في قدر النصاب وتفسير ذلك ان مالكا والشافعي وأكثر فقهاء الامصار اتفقوا على أن الخلطة يزكون زكاة المالك الواحد واختلفوا من ذلك في موضعين أحدهما في نصاب الخلطاء هل يعد نصاب مالك واحد سواء كان لكل واحد منهم نصاب أو لم يكن أم انما يزكون زكاة الرجل الواحد اذا كان لكل واحد منهم نصاب والثاني في صفة الخلطة التي لها تأثير في ذلك وأما اختلافهم أولا هل في للخلطة تأثير في النصاب وفي الواجب وليس لها تأثير فسبب اختلافهم اختلافهم في مفهوم ما ثبت في كتاب الصدقة من قوله عليه الصلاة والسلام لا يجمع بين مفترق ولا يفرق بين مجتمع خشية الصدقة وما كان من خليطين فانهما يتراجعان بالسوية فان كل واحد من الفريقين أنزل مفهوم هذا الحديث على اعتقاده وذلك ان الذين رأوا للخلطة تأثيرا في النصاب والقدر الواجب أو في القدر الواجب فقط قالوا ان قوله عليه الصلاة والسلام وما كان من خليطين فانهما يتراجعان بالسوية وقوله لا يجمع بين مفترق ولا يفرق بين مجتمع يدل دلالة واضحة ان ملك الخليطين كملك رجل واحد فان هذا الاثر يخص لقوله عليه الصلاة والسلام ليس في أدون خمس ذود من الابل صدقة اما في الزكاة عند مالك وأصحابه أعنى في قدر الواجب واما في الزكاة والنصاب معا عند الشافعي وأصحابه وأما الذين لم يقولوا بالخلطة فقالوا ان الشر يمكن قد يقال لهما خليطان ويحتمل أن يكون قوله عليه الصلاة والسلام لا يجمع بين مفترق ولا يفرق بين مجتمع انما هو نهي للسعاة ان يقسم ملك الرجل الواحد قسمة توجب عليه كثرة الصدقة مثل رجل يكون له مائة وعشرون شاة فيقسم عليه الى أربعين ثلاث مرات أو يجمع ملك رجل واحد الى ملك رجل آخر حيث يوجب الجمع كثرة الصدقة قالوا واذا كان هذا الاحتمال في هذا الحديث وجب ألا يخص به الاصول الثابتة المجمع عليها أعنى ان النصاب والحق الواجب في الزكاة يعتبر بملك الرجل الواحد وأما الذين قالوا بالخلطة فقالوا ان لفظ الخلطة هو أظهر في الخلطة نفسها منه في الشركة واذا كان ذلك كذلك فقله عليه الصلاة والسلام فيهما انهما يتراجعان بالسوية مما يدل على ان الحق الواجب عليهما حكمه حكم رجل واحد وان قوله عليه الصلاة والسلام انهما يتراجعان بالسوية يدل على ان الخليطين ليسا بشريكين لان الشر يكون ليس يتصور بينهما تراجم اذا لما خوذ هو من مال الشركة فن اقتصر على هذا المفهوم ولم يقس

عليه النصاب قال الخليلان انما يزكيان زكاة الرجل الواحد اذا كان لكل واحد منهما نصاب ومن جعل حكم النصاب تابعا لحكم الحق الواجب قال نصابهما نصاب الرجل الواحد كما ان زكاةهما زكاة الرجل الواحد وكل واحد من هؤلاء أنزل قوله عليه الصلاة والسلام لا يجمع بين مفترق ولا يفرق بين مجتمع على مذهب اليه فأما مالك رحمه الله فإنه قال معنى قوله لا يفرق بين مجتمع ان الخليلين يكون لكل واحد منهما مائة شاة وشاة فتكون عليهما فيها ثلاث شياه فإذا افترقا كان على كل واحد منهما مائة شاة ومعنى قوله لا يجمع بين مفترق ان يكون النفر الثلاث لكل واحد منهم أربعون شاة فإذا جمعوا كان عليهم شاة واحدة فعلى مذهب النهي انما هو متوجه نحو الخطاء الذين لكل واحد منهم نصاب وأما الشافعي فقال معنى قوله ولا يفرق بين مجتمع أن يكون رجلان لهما أربعون شاة فإذا فرقا غنهما لم يجب عليهما فيها زكاة إذ كان نصاب الخطاء عنده نصاب ملك واحد في الحكم وأما القائلون بالخلطة فانهم اختلفوا فيما هي الخلطة المؤثرة في الزكاة فأما الشافعي فقال ان من شرط الخلطة أن تختلط ماشيتهم وترحالوا واحد وتحلبوا واحد وتسرحا لواحد وتسقيما معا وتكون خولهما مختلطة ولا فرق عنده بالجملة بين الخلطة والشركة ولذلك يعتبر كمال النصاب لكل واحد من الشريرين كما تقدم وأما مالك فالخليلان عنده ما اشتركا في البلو والحوض والمراح والراعي والفحل واختلف أمحابه في مراعاة بعض هذه الاوصاف أو جميعها وسبب اختلافهم اشتراك اسم الخلطة ولذلك لم يرقوم تأثير الخلطة في الزكاة وهو مذهب أبي محمد بن حزم الاندلسي

﴿ الفصل الخامس في نصاب الحبوب والثمار والقدس الواجب في ذلك ﴾

وأجمعوا على ان الواجب في الحبوب أماماسقي بالسواء فالعشر وأماماسقي بالنضح فنصف العشر لثبوت ذلك عنه صلى الله عليه وسلم وأما النصاب فانهم اختلفوا في وجوبه في هذا الجنس من مال الزكاة فصار الجمهور الى استحباب النصاب فيه وهو خمسة أوسق والسق ستون صاعا باجاع والصاع أربعة أمداد بمد النبي عليه الصلاة والسلام والجمهور على أن مده رطل وثلاث وزيادة بسيرة بالبغدادى واليه يرجع أبو يوسف حين ناظره مالك على مذهب أهل العراق لشهادة أهل المدينة بذلك وكان أبو حنيفة يقول في المد انه رطلان وفي الصاع انه ثمانية أرطال وقال أبو حنيفة ليس في الحبوب والثمار نصاب وسبب اختلافهم معارضة العموم للخصوص أما العموم فقوله عليه الصلاة والسلام فيما سقت السماء العشر وفيما سقى بالنضح نصف العشر وأما الخصوص فقوله عليه الصلاة والسلام ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة والحديثان ثابتان فمن رأى أن الخصوص يبنى على العموم قال لا بد من النصاب وهو المشهور ومن رأى ان العموم والخصوص متعارضان اذا جهل المتقدم فهما والمتأخر اذا كان قد ينسخ الخصوص بالعموم عنده وينسخ العموم بالخصوص اذ كل ماوجب العمل به جاز نسخه والنسخ قد يكون للبعض وقد يكون للكل ومن رجح العموم قال لا نصاب ولكن حل الجمهور عندى الخصوص على العموم هو من باب ترجيح الخصوص على العموم في الجزء الذي تعارض فيه فان العموم فيه ظاهر والخصوص فيه نص فتأمل هذا فإنه السبب الذي صير الجمهور الى ان يقولوا بنى العام على الخاص وعلى الحقيقة ليس بنيانا فان التعارض بينهما موجود الآن يكون الخصوص متصلا بالعموم فيكون استثناءه واحتجاج أبي حنيفة في النصاب بهذا العموم فيه ضعف فان الحديث انما خرج مخرج تبين القدس الواجب منه واختلفوا من

هذا الباب في النصاب في ثلاث مسائل المسئلة الاولى في ضم الحبوب بعضها الى بعض في النصاب الثانية في جواز تقدير النصاب في العنب والتمر بالغرص الثالثة هل يحسب على الرجل ما يأكله من ثمره وزرعه قبل الحصاد والجذاذ في النصاب أم لا (وأما المسئلة الاولى) فانهم أجمعوا على ان الصنف الواحد من الحبوب والتمر يجمع حبيده الى رديته وتؤخذ الزكاة عن جميعه بحسب قدر كل واحد منهما أعنى من الجيد والرديء فان كان التمر أصنافاً أخذ من وسطه واختلفوا في ضم القطناني بعضها الى بعض وفي ضم الخنطة والشعير والسلت فقال مالك القطنية كلها صنف واحد والخنطة والشعير والسلت أيضاً وقال الشافعي وأبو حنيفة وأجد وجاعة القطناني كلها أصناف كثيرة بحسب أسماؤها ولا يضم منها شيء الى غيره في حساب النصاب وكذلك الشعير والسلت والخنطة عندهم أصناف ثلاثة لا يضم واحد منها الى الآخر لتكميل النصاب وسبب اختلاف هل المراعاة في الصنف الواحد هو اتفاق المنافع أو اتفاق الاسماء فن قال اتفاق الاسماء قال كلما اختلف أسماؤها فهي أصناف كثيرة ومن قال اتفاق المنافع قال كلما اتفقت منافعها فهي صنف واحد وان اختلفت أسماؤها فكل واحد منهما يروم أن يقرره قاعدته باستقراء الشرع أعنى ان أحدهما يحتج بمنهجه بالاشياء التي اعتبر الشرع فيها الاسماء والآخر بالاشياء التي اعتبر الشرع فيها المنافع ويشبه ان يكون شهادة الشرع للاسماء في الزكاة أكثر من شهادته للمنافع وان كان كلا الاعتبارين موجودا في الشرع والله أعلم (وأما المسئلة الثانية) وهي تقدير النصاب بالغرص واعتباره دون الكيل فان جهور العلماء على اجازة الغرص في النخيل والاعناب حين يبلو صلاحها لضرورة ان يخلى بينها وبين أهلها يأكلونها رطباً وقال داود لا غرص الا في النخيل فقط وقال أبو حنيفة وصاحبه الغرص باطل وعلى رب المال ان يؤدى عشر ما تحصل بيده زاد على الغرص أو نقص منه والسبب في اختلافهم في جواز الغرص معارضة الاصول للآثار الواردة في ذلك أما الآثار الواردة في ذلك وهو الذي تمسك به الجمهور فهو ما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يرسل عبدالله بن رواحة وغيره الى خيبر فيغرس عليهم النخل وأما الاصول التي تعارضه فلانه من باب المزاينة المنهي عنها وهو يبيع التمر في رؤس النخل بالتمر كيلا ولانه أيضاً من باب يبيع الرطب بالتمر نسئته فيدخله المنع من التفاضل ومن النسئته وكلاهما من أصول الربا فلما رأى الكوفيون هذا مع ان الغرص الذي كان يحرص على أهل خيبر لم يكن للزكاة اذ كانوا ليسوا بأهل زكاة قالوا يحتمل ان يكون تخميناً ليعلم ما يبدى كل قوم من الثمار قال القاضي أما بحسب خبر مالك فالظاهر انه كان في القسمة لما روى أن عبد الله بن رواحة كان اذا فرغ من الغرص قال ان شئتم فلكم وان شئتم فلي أعنى في قسمة الثمار لافي قسمة الحب وأما بحسب حديث عائشة الذي رواه أبو داود فانما الغرص لموضع النصيب الواجب عليهم في ذلك والحديث هو أنها قالت وهي تذكر شأن خيبر كان النبي صلى الله عليه وسلم يبعث عبدالله بن رواحة الى يهود خيبر فيغرس عليهم النخل حين يطيب قبل ان يؤكل منه وحرص الثمار لم يخرج به الشيخان وكيفما كان فالغرص مستثنى من تلك الاصول هذا ان ثبت انه كان منه عليه الصلاة والسلام حكماءه على المسلمين فان الحكم لو ثبت على أهل النمة ليس يجب أن يكون حكماً على المسلمين الا بدليل والله أعلم ولو صح حديث عتاب بن أسيد لكان جواز الغرص ينسأ والله أعلم وحديث عتاب بن أسيد هو انه قال أمرني رسول الله صلى الله عليه وسلم ان أغرس

العنب وأخذ زكاته زيبا كما تؤخذ زكاة النخل تمرا وحديث عتاب بن أسيد طعن فيه لأن راويه عنه هو سعيد بن المسيب وهو لم يسمع منه ولذلك لم يجوز داود دخول العنب واختلاف من أوجب الزكاة في الزيتون في جواز خرصه والسبب في اختلافهم اختلافهم في قياسه في ذلك على النخل والعنب والمخرج عند الجميع من النخل في الزكاة هو التمر لا الرطب وكذلك الزبيب من العنب لا العنب نفسه وكذلك عند القائلين بوجوب الزكاة في الزيتون هو الزيت لا الحب قياسا على التمر والزبيب وقال مالك في العنب الذي لا يتزبيب والزيتون الذي لا ينمصر يرى أن يؤخضه حبا (رَأَى الْمَسْئِلَةَ الثَّالِثَةَ) فان مالكا وأبا حنيفة فلا يحسب على الرجل ما أكل من ثمره وزرعه قبل الحصاد في النصاب وقال الشافعي لا يحسب عليه ويترك الخرص لرب المال ما يأكل هو وأهله والسبب في اختلافهم ما يعارض الآثار في ذلك من الكأب والقياس أما السنة في ذلك فأرواه سهل بن أبي حنيفة أن النبي صلى الله عليه وسلم بعث أبا حنيفة خارصا فجاء رجل فقال يا رسول الله ان أبا حنيفة قد زاد على فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان ابن عمك يزعم أنك زدت عليه فقال يا رسول الله لقد تركته قدر عريته أهله وما يطعمه المساكين وما تسقطه الرياح فقال قد زادك ابن عمك وأنصفك وروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اذا خرصتم فدعوا الثلث فان لم تدعوا الثلث فدعوا الربع وروى عن جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال خففوا في الخرص فان في المال العربية والأكلة والوصية والعامل والنواب وما وجب في الثمر من الحق وأما الكأب المعارض لهذه الآثار والقياس فقوله تعالى (كلوا من ثمره اذا أثمروا وتحققوا يوم حصاده) وأما القياس فلانه مال فوجبت فيه الزكاة فله سائر الأموال فهذه هي المسائل المشهورة التي تتعلق بقدر الواجب في الزكاة والواجب منه في هذه الأجناس الثلاثة التي الزكاة مخرجة من أعيانها لم يختلفوا انها اذا خرجت من الأعيان أن نفسها انها مجزية واختلفوا هل يجوز فيها أن يخرج بدل العين القيمة أو لا يجوز فقال مالك والشافعي لا يجوز اخراج القيم في الزكوات بدل المنصوص عليه في الزكوات وقال أبو حنيفة يجوز سواء قدر على المنصوص عليه ولم يقدر وسبب اختلافهم هل الزكاة عبادة أو حق واجب للمساكين فن قال انها عبادة قال ان أخرج من غير تلك الأعيان لم يجوز لأنه اذا أتى بالعبادة على غير الجهة المأمور بها فهي فاسدة ومن قال هي حق للمساكين فلا فرق بين القيمة والعين عنده وقد قالت الشافعية لنا أن تقول وان سلمنا انها حق للمساكين ان الشارع إنما علق الحق بالعين قصد امنه لتثمر يك الفقراء مع الأغنياء في أعيان الاموال والحنفية تقول إنما خصت بالذكر أعيان الاموال تسهلا على أرباب الاموال لأن كل ذي مال إنما يسهل عليه الاخراج من نوع المال الذي بين يديه ولذلك جاء في بعض الآثار انه جعل في الدية على أهل الحلال حلالا على ما يأتي في كتاب الحدود

﴿ الفصل السادس في نصاب العروض ﴾

والنصاب في العروض على منعه القائلين بذلك إنما هو فيما اتخمنها للبيع خاصة على ما يقدر قبل والنصاب فيها على منعه هو النصاب في العين اذ كانت هذه هي قيم المتلفات وروى الاموال وكذلك الخول في العروض عند الذين أوجبوا الزكاة في العروض فان مالكا قال اذا باع العروض زكاه لسنة واحدة كالخول في الدين وذلك عنده في التأخر الذي تنضب له أوقات شراء عروضه وأما الذين لا ينضب لهم وقت

ما يبيعونه ولا يشترونه وهم الذين يخصون باسم المدير حكم هؤلاء عند مالك إذا حال عليهم الحول من يوم ابتداء تجارتهم أن يقوم ما يبيده من العروض ثم يضم إلى ذلك ما يبيده من العين وماله من الدين الذي يرتجى قبضه أن لم يكن عليه دين مثله وذلك بخلاف قوله في دين غير المدير فإذا بلغ ما جقق عنده من ذلك نصاباً أدى زكاته وسواء نص له في عامه شيء من العين أو لم ينض بلغ نصاباً أو لم يبلغ نصاباً وهذه رواية ابن الماجشون عن مالك وروى ابن القاسم عنه إذا لم يكن له ناض وكان يتجر بالعروض لم يكن عليه في العروض شيء فمنهم من لم يشترط وجود الناض عنده ومنهم من شرطه والذي شرطه منهم من اعتبر فيه النصاب ومنهم من لم يعتبر بذلك وقال المزني زكاة العروض تكون من أعيانها لا من أثمانها وقال الجمهور الشافعي وأبو حنيفة وأحمد والثوري والأوزاعي وغيرهم المديرو غير المدير حكمه واحداً وأنه من اشترى عرضاً للتجارة فحال عليه الحول قومه وزكاه وقال قوم بل يزكى ثمنه الذي ابتاعه به لاقبته وانما لم يوجب الجمهور على المدير شيئاً لأن الحول إنما يشترط في عين المال لا في نوعه وأما مالك فشبّه النوع ههنا بالعين ثلاثاً سقط الزكاة رأساً عن المدير وهذا هو بان يكون شرعاً زائداً أشبه منه بان يكون شرعاً مستنبطاً من شرع ثابت ومثل هذا هو الذي يعرفونه بالقياس المرسل وهو الذي لا يستند إلى أصل منصوص عليه في الشرع إلا ما يعقل من المصلحة الشرعية فيه ومالك رحمه الله يعتبر بالمصالح وإن لم يستند إلى أصول منصوص عليها (الجلد الرابع في وقت الزكاة) وأما وقت الزكاة فإن جمهور الفقهاء يشترطون في وجوب الزكاة في الذهب والفضة والماشية الحول ثبوت ذلك عن الخلفاء الأربعة ولا تنشره في الصحابة رضي الله عنهم ولا تنشر العمل به ولا اعتقادهم أن مثل هذا الانتشار من غير خلاف لا يجوز أن يكون إلا عن توقيف وقد روى مرفوعاً من حديث ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا زكاة في مال حتى يحول عليه الحول وهذا يجمع عليه عند فقهاء الأمصار وليس فيه في الصدر الأول خلاف إلا ما روى عن ابن عباس ومعاوية وسبب الاختلاف أنه لم يرد في ذلك حديث ثابت واختلفوا من هذا الباب في مسائل ثمانية مشهورة أحداها هل يشترط الحول في المعدن إذا قلنا أن الواجب فيه ربع العشر الثانية في اعتبار حول ربح المال الثالثة حول الفوائد الواردة على مال تجب فيه الزكاة الرابعة في اعتبار حول الدين إذا قلنا أن فيه الزكاة الخامسة في اعتبار حول العروض إذا قلنا أن فيها الزكاة السادسة في حول فائدة الماشية السابعة في حول نسل الغنم إذا قلنا أنها تنضم إلى الأمهات أما على رأي من يشترط أن تكون الأمهات نصاباً وهو الشافعي وأبو حنيفة وأما على مذهب من لا يشترط ذلك وهو مذهب مالك والثمانية في جواز إخراج الزكاة قبل الحول (أما المسئلة الأولى) وهي المعدن فإن الشافعي رأى فيه الحول مع النصاب وأما مالك فراحى فيه النصاب دون الحول وسبب اختلافهم تردد شبهه بين ما يخرج من الأرض مما تجب فيه الزكاة وبين التبر والفضة المقتنين فمن شبهه بما يخرج من الأرض لم يعتبر الحول فيه ومن شبهه بالتبر والفضة المقتنين أوجب الحول وتشبيهه بالتبر والفضة أي بالله أعلم (المسئلة الثانية) وأما اعتبار حول ربح المال فإنهم اختلفوا فيه على ثلاثة أقوال فرأى الشافعي أن حوله يعتبر من يوم استفيد سواء كان الأصل نصاباً أو لم يكن وهو مروي عن عمر بن عبد العزيز أنه كتب ألا يعرض لأرباح التجار حتى يحول عليها الحول وقال مالك حول الربح هو حول الأصل أي إذا اكمل للأصول حول زكى الربح معه سواء

كان الاصل نصاباً أو أقل من نصاب اذا بلغ الاصل مع ربحه نصاباً قال أبو عبيد ولم يتابعه عليه أحد من الفقهاء
الأصحابه وفرق قوم بين أن يكون رأس المال الخائل عليه الحول نصاباً أو لا يكون فقالوا ان كان نصاباً
الربح مع رأس ماله وان لم يك نصاباً لم يركب ومن قال بهذا القول الاوزاعي وأبو ثور وأبو حنيفة وسبب
اختلافهم تردد الربح بين أن يكون حكمه حكم المال المستفاد أو حكم الاصل فمن شبهه بالمال المستفاد
ابتداء قال يستقبل به الحول ومن شبهه بالاصل وهو رأس المال قال حكمه حكم رأس المال الآن من شروط
هذا التشبيه أن يكون رأس المال قد وجبت فيه الزكاة وذلك لا يكون الا اذا كان نصاباً ولذلك يضعف
قياس الربح على الاصل في منهب مالك ويشبه أن يكون الذي اعتقده مالك رضى الله عنه في ذلك
هو تشبيه ربح المال بنسل الغنم لكن نسل الغنم مختلف أيضاً فيه وقد روى عن مالك مثل قول الجهور
(وأما المسئلة الثالثة) وهي حول الفوائد فانهم أجعوا على أن المال اذا كان أقل من نصاب واستفيد اليه
مال من غير ربحه يكمل من مجموعهما نصاب أنه يستقبل به الحول من يوم كمل واختلفوا اذا استفاد مالا
وعنده نصاب مال آخر قد حال عليه الحول فقال مالك يركب المستفاد ان كان نصاباً الحوله ولا يضم الى المال
الذي وجبت فيه الزكاة وبهذا القول في الفوائد قال الشافعي وقال أبو حنيفة وأصحابه والثوري الفوائد
كلها تترك بحول الاصل اذا كان الاصل نصاباً وكذلك الربح عندهم وسبب اختلافهم هل حكمه حكم المال
الوارد عليه أم حكمه حكم ماله يرد على مال آخر فمن قال حكمه حكم ماله لم يرد على مال آخر أعني ماله فيه
زكاة قال لازكاة في الفائدة ومن جعل حكمه حكم الوارد عليه وأنه مال واحد قال اذا كان في الوارد عليه
الزكاة بكونه نصاباً اعتبر حوله بحول المال الوارد عليه وعموم قوله عليه الصلاة والسلام لازكاة في مال
سحق يحول عليه الحول يقتضى أن لا يضاف مال الى مال الا بدليل وكان أبو حنيفة اعتقد في هذا قياس
الناض على الماشية ومن أصله الذي يعتقد في هذا الباب أنه ليس من شرط الحول ان يوجد المال نصاباً
في جميع أجزائه بل أن يوجد نصاباً في طرفيه فقط وبعضا منه في كله فعنده أنه اذا كان مال في أول الحول
نصاباً ثم هلك بعضه فصار أقل من نصاب ثم استفاد مالا في آخر الحول صار به نصاباً أنه يجب فيه الزكاة وهذا
عنده موجود في هذا المال لأنه لم يستكمل الحول وهو في جميع أجزائه مال واحد بعينه بل زاد ولكن ألقى
في طرفي الحول نصاباً والظاهر أن الحول الذي اشترط في المال انما هو في مال معين لا يزيد ولا ينقص
لا يربح ولا يفائدة ولا يتغير ذلك اذ كان المقصود بالحول هو كون المال فضلة مستغنى عنه وذلك أن ما بقي
حولاً عند المالك لم يتغير عنده فليس به حاجة اليه فجعل فيه الزكاة فان الزكاة انما هي في فضول الاموال
وأما من رأى ان اشتراط الحول في المال انما سببه النماء فواجب عليه أن يقول تضمم الفوائد فضلا عن
الارباح الى الاصول وأن يعتبر النصاب في طرفي الحول فتأمل هذا فانه بين والله أعلم ولذلك رأى مالك
أن من كان عنده في أول الحول ماشية يجب فيها الزكاة ثم باعها أو بدلها في آخر الحول بماشية من نوعها
أنها يجب فيها الزكاة فكانه اعتبر أيضاً طرفي الحول على منهب أبي حنيفة وأخذ أيضاً ما اعتقده أبو حنيفة
في فائدة الناض القياس على فائدة الماشية على ما قلناه (وأما المسئلة الرابعة) وهي اعتبار حول الدين
اذا قلنا ان فيه الزكاة فان قوما قالوا يعتبر ذلك فيه من أول ما كان ديناً يركب لعدة ذلك ان كان حولا حول
وان كان أحوالاً فحوال أعني انه ان كان حولا لم يجب فيه زكاة واحدة وان أحوالاً لم يجب فيه الزكاة لعدة

تلك الأحوال وقوم قالوا: إِنْ كَيْه لِعَامٍ وَاحِدٍ وَإِنْ أَقَامَ الدِّينَ أَحُو الْاَعْنَدِ الَّذِي عِنْدَهُ الدِّينَ وَقَوْمٌ قَالُوا: يَسْتَقْبَلُ بِهِ الْحَوْلُ وَأَمَّا مَنْ قَالَ: يَسْتَقْبَلُ بِاللِّدِينِ الْحَوْلُ مِنْ يَوْمٍ قَبِضَ فَلَمْ يَقْلُ بِإِحْبَابِ الزَّكَاةِ فِي الدِّينِ وَمَنْ قَالَ: فِيهِ الزَّكَاةُ بَعْدَ الْأَحْوَالِ الَّتِي أَقَامَ فَصَبِرَ إِلَى تَشْبِيهِ الدِّينِ بِالْمَالِ الْحَاضِرِ وَأَمَّا مَنْ قَالَ: الزَّكَاةُ فِيهِ لِحَوْلٍ وَاحِدٍ وَإِنْ أَقَامَ أَحْوَالاً فَلَا أَعْرِفُهُ مَسْتَعِدّاً فِي وَقْتِ هَذَا لِأَنَّهُ لَا يَخْلُو مَا دَامَ دِينًا أَنْ يَقُولَ: إِنْ فِيهِ زَكَاةٌ أَوْ لَا يَقُولَ ذَلِكَ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ زَكَاةٌ فَلَا كَلَامَ بَلْ يَسْتَأْخِذُ بِهِ وَابْتَكَانَ فِيهِ زَكَاةٌ فَلَا يَخْلُو أَنْ يَشْتَرِطَ فِيهَا الْحَوْلُ أَوْ لَا يَشْتَرِطُ ذَلِكَ فَإِنْ اشْتَرَطْنَا وَجِبَ أَنْ يَتَبَرَّعَ عَدَدُ الْأَحْوَالِ الْآنَ يَقُولُ: كُلُّهَا تَقْضِي حَوْلَ فَلَمْ يَتِمَّ كُنْ مِنْ أَدَائِهِ سَقَطَ عَنْهُ ذَلِكَ الْحَقُّ اللَّازِمُ فِي ذَلِكَ الْحَوْلِ فَإِنَّ الزَّكَاةَ وَجِبَتْ بِشَرْطَيْنِ حُضُورِ عَيْنِ الْمَالِ وَحُلُولِ الْحَوْلِ فَلَمْ يَبْقَ إِلَّا حَقُّ الْعَامِ الْأَخِيرِ وَهَذَا يَشْبِهُهُ مَالُكَ بِالْعَرُوضِ الَّتِي لِلتَّجَارَةِ فَانْهَاجَ النَّجْبَ عِنْدَهُ فِيهَا زَكَاةٌ إِذَا ذَابَعَهَا وَإِنْ أَقَامَتْ عِنْدَهُ أَحْوَالاً كَثِيرَةً وَفِيهِ شَيْءٌ مِثْلُ الْمَاشِيَةِ الَّتِي لَا يَأْتِي السَّاعِي أَعْوَامًا إِلَيْهَا ثُمَّ يَأْتِي فِي جِدِّهَا قَدْ نَقَصَتْ فَانْهَازَ عَلَى مَذْهَبِ مَالِكٍ الَّذِي وَجَدَ فَقَطْ لِأَنَّهُ لَمَّا أَنْ حَالَ عَلَيْهَا الْحَوْلُ فِيمَا تَقَدَّمَ وَلَمْ يَتِمَّ كُنْ مِنْ اخْرَاجِ الزَّكَاةِ إِذَا كَانَ حِجَى السَّاعِي شَرْطًا عِنْدَهُ فِي اخْرَاجِهَا مَعَ حُلُولِ الْحَوْلِ سَقَطَ عَنْهُ حَقُّ ذَلِكَ الْحَوْلِ الْحَاضِرِ وَحُوسِبَ بِهِ فِي الْأَعْوَامِ السَّالِفَةِ كَانَ الْوَاجِبُ فِيهَا أَقَلُّ وَأَوْ كَثُرَ إِذَا كَانَتْ مَعَ النَّجْبِ فِيهِ الزَّكَاةُ وَهُوَ شَيْءٌ يَجْرِي عَلَى غَيْرِ قِيَاسٍ وَإِنَّمَا اعْتَبَرْنَا مَالُكَ فِيهِ الْعَمَلُ وَأَمَّا الشَّافِعِيُّ فَبَرَاءَ ضَامِنًا لِأَنَّهُ لَيْسَ حِجَى السَّاعِي شَرْطًا عِنْدَهُ فِي الْوَجُوبِ وَعَلَى هَذَا كُلِّ مَنْ رَأَى أَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَخْرُجَ زَكَاةُ مَالِهِ إِلَّا بَانَ بِدَفْعِهَا إِلَى الْإِمَامِ فَعَدِمَ الْإِمَامُ أَوْ عَدِمَ الْإِمَامُ الْعَادِلَ إِنْ كَانَ مِنْ شَرْطِ الْعَدَالَةِ فِي ذَلِكَ إِنْهَذَا هَلَكْتَ بَعْدَ انْقِضَاءِ الْحَوْلِ وَقَبْلَ التَّمَكُّنِ مِنْ دَفْعِهَا إِلَى الْإِمَامِ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ وَمَالُكَ تَنْقَسِمُ عِنْدَهُ زَكَاةُ الدِّيُونِ لِهَذِهِ الْأَحْوَالِ الثَّلَاثَةِ أَعْنَى إِنْ مِنَ الدِّيُونِ عِنْدَهُ مَا يَزِي كِلْعَامٍ وَاحِدٍ فَقَطْ مِثْلَ دِيُونِ التَّجَارَةِ وَمِنْهَا مَا يَسْتَقْبَلُ بِهَا الْحَوْلُ مِثْلَ دِيُونِ الْمَوَارِيثِ وَالثَّلَاثِ دِينَ الْمَدِيرِ وَتَحْصِيلُ قَوْلِهِ فِي الدِّيُونِ لَيْسَ بِغَرَضِنَا (الْمَسْئَلَةُ الْخَامِسَةُ) وَهِيَ حَوْلُ الْعَرُوضِ وَقَدْ تَقَدَّمَ الْقَوْلُ فِيهَا عِنْدَ الْقَوْلِ فِي نَصَابِ الْعَرُوضِ (وَأَمَّا الْمَسْئَلَةُ السَّادِسَةُ) وَهِيَ فَوَائِدُ الْمَاشِيَةِ فَإِنَّ مَذْهَبَ مَالِكٍ فِيهَا بِخِلَافِ مَذْهَبِهِ فِي فَوَائِدِ النَّاضِ وَذَلِكَ أَنَّهُ يَبْنِي الْفَائِدَةَ عَلَى الْأَصْلِ إِذَا كَانَ الْأَصْلُ نَصَابًا كَمَا يَفْعَلُ أَبُو حَنِيفَةَ فِي فَائِدَةِ الْإِرَاهِمِ وَفِي فَائِدَةِ الْمَاشِيَةِ فَأَبُو حَنِيفَةَ مَذْهَبُهُ فِي الْفَوَائِدِ حَكْمٌ وَاحِدٌ أَعْنَى أَنَّهُ بَنَى عَلَى الْأَصْلِ إِذَا كَانَتْ نَصَابًا كَانَتْ فَائِدَةُ غَنَمٍ أَوْ فَائِدَةُ نَاضٍ وَالْإِرَاهِمُ عِنْدَهُ وَالنَّسْلُ كَالْفَوَائِدِ وَأَمَّا مَالُكَ فَالرَّيْحُ وَالنَّسْلُ عِنْدَهُ حَكْمُهُمَا وَاحِدٌ وَفَرَقَ بَيْنَ فَوَائِدِ النَّاضِ وَفَوَائِدِ الْمَاشِيَةِ وَأَمَّا الشَّافِعِيُّ فَالْإِرَاهِمُ وَالْفَوَائِدُ عِنْدَهُ حَكْمُهُمَا وَاحِدٌ بِاعْتِبَارِ حَوْصِلِهَا بِأَنْ تَقْصُرَ عَنْهَا فَوَائِدُ الْمَاشِيَةِ وَنَسْلُهَا وَاحِدٌ أَيْضًا بِاعْتِبَارِ حَوْصِلِهَا بِأَنْ تَقْصُرَ عَنْهَا فَوَائِدُ الْمَاشِيَةِ وَكَأَنَّهُ إِنَّمَا فَرَّقَ مَالُكَ بَيْنَ الْمَاشِيَةِ وَالنَّاضِ اتِّبَاعًا لِلْعَمْرِ وَالْإِقْلَاقِ قِيَاسًا فِيهِمَا وَاحِدٌ أَعْنَى إِنْ رَجَعَ شَبِيهُ النَّسْلِ وَالْفَائِدَةُ بِالْفَائِدَةِ وَحَدِيثُ عُمَرَ هَذَا هُوَ أَنَّهُ أَمْرٌ أَنْ يَعْدَ عَلَيْهِمُ بِالنَّسْلِ وَلَا يَأْخُذُ بِغَنَمِهِمْ وَأَقْدَمَ الْحَدِيثُ فِي بَابِ النَّصَابِ (الْمَسْئَلَةُ السَّابِعَةُ) وَهِيَ اعْتِبَارُ حَوْلِ نَسْلِ الْغَنَمِ فَإِنَّ مَالُكَ قَالَ حَوْلُ النَّسْلِ هُوَ حَوْلُ الْأُمَهَاتِ كَانَتْ الْأُمَهَاتُ نَصَابًا أَوْ لَمْ تَكُنْ كَمَا قَالَ فِي رَجْعِ النَّاضِ وَقَالَ الشَّافِعِيُّ وَأَبُو حَنِيفَةَ وَأَبُو ثَوْرٍ لَا يَكُونُ حَوْلُ النَّسْلِ حَوْلَ الْأُمَهَاتِ الْآنَ تَكُونُ الْأُمَهَاتُ نَصَابًا وَسَبَبُ اخْتِلَافِهِمْ هُوَ بَيْنَهُ سَبَبُ اخْتِلَافِهِمْ فِي رَجْعِ

المال (وأما المسئلة الثامنة) وهي جواز اخراج الزكاة قبل الحول فإن مال الكانع ذلك وجوز به أبو حنيفة والشافعي وسبب الخلاف هل هي عبادة أو حق واجب للمساكين فمن قال عبادة وشبهها بالصلاة لم يجوز اخراجها قبل الوقت ومن شبهها بالحقوق الواجبة المؤجلة أجاز اخراجها قبل الأجل على جهة التطوع وقد احتج الشافعي لرأيه بحديث علي أن النبي عليه الصلاة والسلام استسلف صدقة العباس قبل محلها (الجملة الخامسة فمن تجب له الصدقة) والكلام في هذا الباب في ثلاثة فصول الأول في عدد الأصناف الذين يجب لهم الثاني في صفاتهم التي تقتضي ذلك الثالث كم يجب لهم

﴿ الفصل الأول ﴾

فأما عددهم فهم الثمانية التي نص الله عليهم في قوله تعالى إنما الصدقات للفقراء والمساكين الآية واختلفوا من العدد في مستلتيين أحدهما هل يجوز أن تصرف جميع الصدقة إلى صنف واحد من هؤلاء الأصناف أم هم شركاء في الصدقة لا يجوز أن يخص منهم صنف دون صنف فذهب مالك وأبو حنيفة إلى أنه يجوز للامام أن يصرفها في صنف واحد أو أكثر من صنف واحد إذا رأى ذلك بحسب الحاجة وقال الشافعي لا يجوز ذلك بل يقسم على الأصناف الثمانية كما سمي الله تعالى وسبب اختلافهم معارضة اللفظ للمعنى فإن اللفظ يقتضي القسمة بين جميعهم والمعنى يقتضي أن يؤثر بها أهل الحاجة إذا كان المقصود به سد الحاجة فكان تعديدهم في الآية عند هؤلاء المأورد لتمييز الجنس أعني أهل الصدقات لا تشرىكم في الصدقة فالأول أظهر من جهة اللفظ وهذا أظهر من جهة المعنى ومن الحجة للشافعي ما رواه أبو داود عن الصادق أن رجلاً سأل النبي صلى الله عليه وسلم أن يعطيه من الصدقة فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم إن الله لم يرض بحكمي ولا غيره في الصدقات حتى حكم فيها بغيرها ثمانية أجزاء فإن كنت من تلك الأجزاء أعطيتك حَقَّك (وأما المسئلة الثانية) فهل المؤلفلة قلوبهم حقهم باق إلى اليوم أم لا فقال مالك لا مؤلفة اليوم وقال الشافعي وأبو حنيفة بل حق المؤلفلة باق إلى اليوم إذا رأى الامام ذلك وهم الذين يتألفهم الامام على الاسلام وسبب اختلافهم هل ذلك خاص بالنبي صلى الله عليه وسلم وأعماله ولسائر الأمة والأظهر انعام وهل يجوز ذلك للامام في كل أحواله أو في حال دون حال أعني في حال الضعف لا في حال القوة ولذلك قال مالك لا حاجة إلى المؤلفلة الآن لقوة الاسلام وهذا كما قلنا التفات منه إلى المصالح

﴿ الفصل الثاني ﴾

وأما صفاتهم التي يستوجبون بها الصدقة ويمتنعون منها باضادها فأحدها الفقر الذي هو ضد الغنى لقوله تعالى (إنما الصدقات للفقراء والمساكين) واختلفوا في الغنى الذي تجوز له الصدقة من الذي لا تجوز ومما قدر الغنى المحرم للصدقة فأما الغنى الذي لا تجوز له الصدقة فإن الجمهور على أنه لا تجوز الصدقة للاغنياء بأجمعهم إلا الخمس التي نص عليهم النبي عليه الصلاة والسلام في قوله لا تحل الصدقة لغني إلا الخمسة لغاز في سبيل الله أو لعامل عليها أو لغارم أو لرجل له جار مسكين فتصدق على المسكين فاهدى المسكين للغنى وروى عن ابن القاسم أنه لا يجوز أخذ الصدقة لغني أصلاً بمجاهداً كان أو عاملاً والذين أجازوها للعامل وإن كان غنياً أجازوها للقضاء ومن في معناهم ممن المنفعة بهم عامة للمساكين ومن لم يجز ذلك فقياس ذلك عنده هو أن لا تجوز لغني أصلاً وسبب اختلافهم هو هل العلة في إيجاب الصدقة للأصناف المذكورين هو

الحاجة فقط أو الحاجة والمنفعة العامة فن اعتبر ذلك بأهل الحاجة المنصوص عليهم في الآية قال الحاجة فقط ومن قال الحاجة والمنفعة العامة توجب أخذ الصدقة اعتبر المنفعة للعامل والحاجة بسائر الأصناف المنصوص عليهم وأما حد الغنى الذى يمنع من الصدقة فذهب الشافعى الى أن المانع من الصدقة هو أقل ما ينطاق عليه الاسم وذهب أبو حنيفة الى أن الغنى هو ملك النصاب لأنهم الذين سباهم النبي عليه الصلاة والسلام أغنياء لقوله في حديث معاذله فأخبرهم أن الله فرض عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم ويزد على فقرائهم وإذا كان الاغنياء هم الذين هم أهل النصاب وجب أن يكون الفقراء ضدهم وقال مالك ليس في ذلك حد إنما هو راجع الى الاجتهاد وسبب اختلافهم هل الغنى المانع هو معنى شرعى أم معنى لغوى فن قال معنى شرعى قال وجود النصاب هو الغنى ومن قال معنى لغوى اعتبر في ذلك أقل ما ينطلق عليه الاسم فن رأى أن أقل ما ينطلق عليه الاسم هو محدود فى كل وقت وفى كل شخص جعل حده هذا ومن رأى أنه غير محدود وإن ذلك يختلف باختلاف الحالات والحاجات والأشخاص والأمكنة والأزمنة وغير ذلك قال هو غير محدود وأن ذلك راجع الى الاجتهاد وقبروى أبو داود في حديث الغنى الذى يمنع الصدقة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه ملك خسين درهما وفى أثر آخر أنه ملك أوقية وهى أربعون درهما وأحسب أن قوما قالوا بهذه الآثار في حد الغنى واختلفوا من هذا الباب في صفة الفقير والمسكين والفصل الذى بينهما فقال قوم الفقير أحسن حالا من المسكين وبه قال البغداديون من أصحاب مالك وقال آخرون المسكين أحسن حالا من الفقير وبه قال أبو حنيفة وأصحابه والشافعى فى أحد قولييه وفى قوله الثانى انهما اسمان دالان على معنى واحد والى هذا ذهب ابن القاسم وهذا النظر هو لغوى أن لم تكن له دلالة شرعية والاشبه عند استقرار اللغة أن يكونا اسمين دالين على معنى واحد يختلف بالأقل والأكثر فى كل واحد منهما لأن هذا راتب من أحدهما على قدر غير القدر الذى الآخر راتب عليه واختلفوا فى قوله تعالى وفى الرقاب فقال مالك هم العبيد يعقدهم الامام ويكون ولاؤهم للمسلمين وقال الشافعى وأبو حنيفة هم المكاتبون وابن السبيل هو عندهم المسافر فى طاعة ينفذ زاده فلا يجد ما ينفقه وبعضهم يشترط فيه أن يكون ابن السبيل جارا للصدقة وأما فى سبيل الله فقال مالك سبيل الله مواضع الجهاد والرباط وبه قال أبو حنيفة وقال غيره الحجاج والعمرار وقال الشافعى هو الغازى جارا للصدقة وإنما اشترط جارا للصدقة لأن عند أكثرهم أنه لا يجوز تنقيط الصدقة من بلد الى بلد الا من ضرورة

❦ الفصل الثالث ❦

وأما قدر ما يعطى من ذلك أما الغارم فقدر ما عليه اذا كان دينه فى طاعة وفى غير سرف بل فى أمر ضرورى وكذلك ابن السبيل يعطى ما يحمله الى بلده ويشبهه أن يكون ما يحمله الى مغراه عند من جعل ابن السبيل الغازى واختلفوا فى مقدار ما يعطى المسكين الواحد من الصدقة فلم يحدد مالك فى ذلك حدا وصرفه الى الاجتهاد وبه قال الشافعى قال وسواء كان ما يعطى من ذلك نصابا أو أقل من نصاب وكره أبو حنيفة أن يعطى أحدا من المساكين مقدار نصاب من الصدقة وقال الثورى لا يعطى أحدا أكثر من خسين درهما وقال الليث يعطى ما يشاء به خادما اذا كان ذاعبال وكانت الزكاة كثيرة وكان أكثرهم مجمعون على أنه لا يجب أن يعطى عطية يصبر بهامن الغنى فى مرتبة من لا تجوز له الصدقة لأن ما حصل له من ذلك المال

فوق القدر الذى هو به من أهل الصدقة صار فى أول مراتب الغنى فهو حرام عليه وإنما اختلفوا فى ذلك لاختلافهم فى هذا القدر فهذه المسئلة كأنها تبني على معرفة أول مراتب الغنى وأما العامل عليها فلا خلاف عند الفقهاء انه إنما يأخذ بقدر عمله فهذا ما رأينا أن تثبت في هذا الكتاب وان تذكرا شيئا مما يشاكل غرضنا أحقناه به ان شاء الله تعالى ﴿ كتاب زكاة الفطر ﴾

والكلام فى هذه الزكاة يتعلق بفصول أحدها فى معرفة حكمها والثانى فى معرفة من تجب عليه والثالث كم تجب عليه ومماذا تجب عليه والرابع متى تجب عليه والخامس من تجوز له

﴿ الفصل الأول ﴾

فأما زكاة الفطر فارت الجهور على انها فرض وذهب بعض المتأخرين من أصحاب مالك الى انها سنة وبه قال أهل العراق وقال قوم هي منسوخة بالزكاة وسبب اختلافهم تعرض الآثار فى ذلك وذلك أنه ثبت من حديث عبد الله بن عمر أنه قال فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم زكاة الفطر على الناس من رمضان صاعا من تمر أو صاعا من شعير على كل حر أو عبد ذكرا أو أنثى من المسلمين وظاهر هذا يقتضى الوجوب على مذهب من يقلد صاحب فى فهم الوجوب أو الندب من أمره عليه الصلاة والسلام اذ لم يجدنا لفظه وثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال فى حديث الاعراب المشهور وذكر رسول الله صلى الله عليه وسلم الزكاة قال هل على غيرنا قال لا الا أن تطوع فنهب الجهور الى أن هذه الزكاة داخلة تحت الزكاة المفروضة وذهب الغير الى انها غير داخلة واحتجوا فى ذلك بما روى عن قيس بن سعد بن عباد أنه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يأمرنا بها قبل نزول الزكاة فلما نزلت آية الزكاة لم تؤمر بها ولم تنته عنها ونحن نفعله

﴿ الفصل الثانى ﴾

فمن تجب عليه وعن مجب وأجمعوا على أن المسلمين مخاطبون بهذا كرا كانوا أو أئنا صغارا أو كبارا عبيدا أو أحرارا لحديث ابن عمر المتقدم الاما شهد فيه الليث فقال ليس على أهل العمود زكاة الفطر وإنما على أهل القرى ولا حجة له وما شئت بضامن قول من لم يوجبها على اليتيم وأما من تجب فانهم اتفقوا على انها تجب على المرء فى نفسه وأنها زكاة بدن لازكاة مال وأنها تجب فى ولده الصغار عليه اذ لم يكن لهم مال وكذلك فى عبيده اذ لم يكن لهم مال واختلفوا قياسا على ذلك وتلخيص مذهب مالك فى ذلك انها تنزىم الرجل عن أزمه الشرع النفقة عليه وواقفه فى ذلك الشافعى وإنما يختلفان من قبل اختلافهم فحين تنزىم المرء نفقته اذا كان معسرا ومن ليس تزمه وخالفه أبو حنيفة فى الزوجة وقال ثودى عن نفسها وخالفهم أبو ثورى العبد اذا كان له مال فقال اذا كان له مال تركى عن نفسه ولم يترك عنه سيده وبه قال أهل الظاهر والجهور على أنه لا تجب على المرء فى أولاده الصغار اذا كان لهم مال زكاة فطر وبه قال الشافعى وأبو حنيفة ومالك وقال الحسن هي على الأب وان أعطاها من مال الابن فهو ضامن وليس من شرط هذه الزكاة الغنا عند أكثرهم ولا نصاب بل أن تكون فضلا عن قوته وقوت عياله وقال أبو حنيفة وأصحابه لا تجب على من تجوز له الصدقة لأنه لا يجتمع أن تجوز له وان تجب عليه وذلك بين والله أعلم وإنما اتفق الجهور على أن هذه الزكاة ليست بلازمة لمكلف مكلف فى ذاته فقط كالحال فى سائر العبادات بل ومن قبل غيره لا يجباها على الصغير والعبيد فن فهم من هذا أن علة الحكم الولاية قال الولي يلزمه اخراج الصدقة

على كل من يليه ومن فهم من هذه النفقة قال المنفق يجب أن يخرج الزكاة عن كل من ينفق عليه بالشرع وانما عارض هذا الاختلاف لأنه اتفق في الصغير والعبد وهما اللذان نهى على أن هذه الزكاة ليست معلقة بذات المكاتب فقط بل ومن قبل غيره ان وجدت الولاية فيها وجوب النفقة فذهب مالك الى أن العلة في ذلك وجوب النفقة وذهب أبو حنيفة الى أن العلة في ذلك الولاية ولذلك اختلفوا في الزوجة وقسروى مرفوعاً ذوا زكاة الفطر عن كل من تمونون ولكنه غير مشهور واختلفوا من العبيد في مسائل أحدها كما قلنا وجوب زكاته على السيد اذا كان له مال وذلك مبنى على أنه يملك أولاً يملك والثانية في العبد الكافر هل يؤدي عنه زكاته أم لا فقال مالك والشافعي وأحمد ليس على السيد في العبد الكافر زكاة وقال الكوفيون عليه الزكاة فيه والسبب في اختلافهم اختلافهم في الزيادة الواردة في ذلك في حديث ابن عمر وهو قوله من المسلمين فإنه قد خولف فيها نافع بكون ابن عمر أيضاً الذي هو راوى الحديث من مذهبه اخراج الزكاة عن العبد الكفار وللخلاف أيضاً سبب آخر وهو كون الزكاة الواجبة على السيد في العبد هل هي لمكان أن العبد مكلف أو أنه مال فمن قال لمكان أنه مكلف اشترط الاسلام ومن قال لمكان أنه مال لم يشترطه قالوا ويدل على ذلك اجماع العلماء على أن العبد اذا اعتق ولم يخرج عنه مولاه زكاة الفطر أنه لا يلزمه اخراجها عن نفسه بخلاف الكفارات والثالثة في المكاتب فإن مالكا وأبا ثور قالوا يؤدي عنه سيده زكاة الفطر وقال الشافعي وأبو حنيفة وأحمد لا زكاة عليه فيه والسبب في اختلافهم تردد المكاتب بين الحر والعبد والرابعة في عبيد التجارة صدقة وسبب الخلاف معارضة القياس للعموم وذلك أن عموم اسم العبد يقتضي وجوب الزكاة في عبيد التجارة وغيرهم وعند أبي حنيفة أن هذا العموم مخصص بالقياس وذلك هو اجتماع زكائين في مال واحد وكذلك اختلفوا في عبيد العبيد وفروع هذا الباب كثيرة

الفصل الثالث

وأما ما ذكبت فان قوم اذهبوا الى أنها تجب أمامن البرأ ومن التمر والشعير أو الزبيب والأقط وأن ذلك على التخخير للذي يجب عليه وقوم ذهبوا الى أن الواجب عليه هو غالب قوت البلد أو قوت المكاتب اذا لم يقدر على قوت البلد وهو الذي حكاه عبد الوهاب عن المتعب والسبب في اختلافهم اختلافهم في مفهوم حديث أبي سعيد الخدري أنه قال كان يخرج زكاة الفطر في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم صاعاً من طعام أو صاعاً من شعير أو صاعاً من أقط أو صاعاً من تمر فمن فهم من هذا الحديث التخخير قال أي اخرج من هذه أجزأ عنه ومن فهم منه أن اختلاف المخرج ليس سببه الاباحة وانما سببه اعتبار قوت المخرج أو قوت غالب البلد قال بالقول الثاني وأما كم يجب فان العلماء اتفقوا على أنه لا يؤدي في زكاة الفطر من التمر والشعير أقل من صاع لثبوت ذلك في حديث ابن عمر واختلفوا في قدر ما يؤدي من القمح فقال مالك والشافعي لا يجزئ منه أقل من صاع وقال أبو حنيفة وأحمد يجزئ من البر نصف صاع والسبب في اختلافهم تعارض الآثار وذلك أنه جاء في حديث أبي سعيد الخدري أنه قال كان يخرج زكاة الفطر في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم صاعاً من طعام أو صاعاً من شعير أو صاعاً من أقط أو صاعاً من تمر أو صاعاً من زبيب وظاهر ما أنه أراد بالطعام القمح وروى الزهري أيضاً عن أبي سعيد عن أبيه أن رسول

الله صلى الله عليه وسلم قال في صدقة الفطر صاعان بر بين اثنين أو صاعان شعيراً وتمر عن كل واحد خروجه أبو داود وروى عن ابن المسيب أنه قال كانت صدقة الفطر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم نصف صاع من خنطة أو صاعان شعيراً وصاعان تمر فمن أخذ بهذه الأحاديث قال نصف صاع من البر ومن أخذ بظاهر حديث أبي سعيد وقاس البر في ذلك على الشعير سوى بينهما في الوجوب

﴿ الفصل الرابع ﴾

وأما متى يجب استخراج زكاة الفطر فانهم اتفقوا على أنها تجب في آخر رمضان لحديث ابن عمر فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم زكاة الفطر من رمضان واختلوا في تحديد الوقت فقال مالك في رواية ابن القاسم عنه تجب بطول الفجر من يوم الفطر وروى عنه أنه تجب بغيره وبالشمس من آخر يوم من رمضان وبالأول قال أبو حنيفة وبالثاني قال الشافعي وسبب اختلافهم هل هي عبادة متعلقة بيوم العيد أو بخروج شهر رمضان لأن ليلة العيد ليست من شهر رمضان وقائدة هذا الاختلاف في المولد يولد قبل الفجر من يوم العيد وبعد مغيب الشمس هل تجب عليه أم لا تجب

﴿ الفصل الخامس ﴾

وأما لمن تصرف فأجمعوا على أنها تصرف لفقراء المسلمين لقوله عليه الصلاة والسلام أغنوهم عن السؤال في هذا اليوم واختلفوا هل تجوز لفقراء الذمة والجهور على أنها لا تجوز لهم وقال أبو حنيفة تجوز لهم وسبب اختلافهم هل سبب جوازها هو الفقر فقط أو الفقر والاسلام معا فمن قال الفقر والاسلام لم يجزها للذميين ومن قال الفقر فقط أجازها لهم واشترط قوم في أهل الذمة الذين تجوز لهم أن يكونوا رهباناً أو أجمع المسلمون على أن زكاة الأموال لا تجوز لأهل الذمة لقوله عليه الصلاة والسلام صدقة تؤخذ من أغنيائهم وترد على فقرائهم ﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾ صلى الله عليه وآله وسلم تسليماً

﴿ كتاب الصيام ﴾

وهذا الكتاب ينقسم أولاً قسمين أحدهما في الصوم الواجب والآخر في مندوب اليه والنظر في الصوم الواجب ينقسم الى قسمين أحدهما في الصوم والآخر في الفطر أما القسم الأول وهو الصيام فإنه ينقسم أولاً الى جلتين احدهما معرفة أنواع الصيام الواجب والآخر معرفة أركانه وأما القسم الثاني يتضمن النظر في الفطر فإنه ينقسم الى معرفة المفطرات والى معرفة المفطرين وأحكامهم فلنبدأ بالقسم الأول من هذا الكتاب وبالجملة الاولى منه وهي معرفة أنواع الصيام فنقول ان الصوم الشرعى منه واجب ومنه مندوب اليه والواجب ثلاثة أقسام منه ما يجب للزمان نفسه وهو صوم شهر رمضان بعينه ومنه ما يجب لعلته وهو صيام الكفارات ومنه ما يجب بإيجاب الانسان ذلك على نفسه وهو صيام النذر والذي يتضمن هذا الكتاب القول فيه من أنواع هذه الواجبات هو صوم شهر رمضان فقط وأما صوم الكفارات فيذكر عند ذكر المواضع التي تجب منها الكفارة وكذلك صوم النذر يذكر في كتاب النذر فاما صوم شهر رمضان فهو واجب بالكتاب والسنة والاجماع فاما الكتاب فقوله تعالى (كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم لعلكم تتقون) وأما السنة ففي قوله عليه الصلاة والسلام نبى الاسلام على خمس وذكر فيها الصوم وقوله للاعرابي وصيام شهر رمضان قال هل على

غيرها قال لا الآن تطوع وأما الاجماع فانه لم ينقل الاختلاف عن أحد من الأئمة في ذلك وأما على من
يجب وجوبها غير محير فهو البالغ العاقل الحاضر الصحيح اذا لم تكن فيه الصفة المانعة من الصوم وهي
الحيض للنساء هذا لا خلاف فيه لقوله تعالى (فن شهد منكم الشهر فليصمه) (الجملة الثانية في الأركان)
والأركان ثلاثة اثنان متفق عليهما وهو الزمان والامساك عن المفطرات والثالث مختلف فيه وهو النية
فأما الركن الأول الذى هو الزمان فانه ينقسم الى قسمين أحدهما زمان الوجوب وهو شهر رمضان
والآخر زمان الامساك عن المفطرات وهو أيام هذا الشهر دون الليالي ويتعلق بكل واحد من هذين
الزمانين مسائل قواعد اختلفوا فيها فلنبدا بما يتعلق من ذلك بزمان الوجوب وأول ذلك في تحديد
طرفي هذا الزمان وثانيها معرفة الطريق التي به يتوصل الى معرفة العلامة المحدودة له في حق شخص
شخص وأفق أفق فاما طرفا هذا الزمان فان العلماء أجمعوا على أن الشهر العربي يكون تسعا وعشرين
ويكون ثلاثين وعلى أن الاعتبار في تحديد شهر رمضان انما هو الرؤية لقوله عليه الصلاة والسلام
صوموا لرؤية وأفطروا لرؤية وعنى بالرؤية أول ظهور القمر بعد السواد واختلفوا في الحكم اذا غم
الشهر ولم تمكن الرؤية وفي وقت الرؤية المعتبر فأما اختلافهم اذا غم الهلال فان الجمهور يرون أن الحكم
في ذلك أن تكمل العدة ثلاثين فان كان الذى غم هلال أول الشهر عده الشهر الذى قبله ثلاثين يوما
وكان أول رمضان الحادى والثلاثين وان كان الذى غم هلال آخر الشهر صام الناس ثلاثين يوما وذهب
ابن عمر الى أنه ان كان المعنى عليه هلال أول الشهر صيم اليوم الثانى وهو الذى يعرف بيوم الشك
وروى عن بعض السلف أنه اذا غمى الهلال رجع الى الحساب بمسير القمر والشمس وهو منهج مطرف
ابن الشخير وهو من كبار التابعين وحكى ابن سريج عن الشافعى أنه قال من كان مذهبه الاستدلال
بالنجوم ومنازل القمر ثم تبين له من جهة الاستدلال ان الهلال مرئى وقد غم فان له أن يعقد الصوم
ويجزيه وسبب اختلافهم الاجال الذى في قوله صلى الله عليه وسلم صوموا لرؤية وأفطروا لرؤية فان
غم عليكم فاقدروا له فذهب الجمهور الى أن تأويلها كمال العدة ثلاثين ومنهم من رأى أن معنى التقدير له
هو عده بالحساب ومنهم من رأى أن معنى ذلك أن يصبح المرء صائما وهو منهج ابن عمر كذا كرنا وفيه
بعدى اللفظ وانما صار الجمهور الى هذا التأويل لحديث ابن عباس الثابت أنه قال عليه الصلاة والسلام
فان غم عليكم فأكلوا العدة ثلاثين وذلك بحمل وهذا مفسر فوجب أن يحمل المجمع على المفسر وهي
طريقة لا خلاف فيها بين الأصوليين فانه ليس عندهم بين المجمع والمفسر تعارض أصلا فذهب الجمهور
في هذا لأعم والله أعلم وأما اختلافهم في اعتبار وقت الرؤية فانهم اتفقوا على أنه اذا روى من العشى
أن الشهر من اليوم الثانى واختلفوا اذا روى في سائر أوقات النهار أعنى أول ما روى فذهب الجمهور
أن القمر في أول وقت روى من النهار أنه لليوم المستقبل حكم روى به بالعشى وبهذا القول قال مالك
والشافعى وأبو حنيفة وجهوا أصحابهم وقال أبو يوسف من أعصاب أبى حنيفة والثورى وابن حبيب من
أعصاب مالك اذا روى الهلال قبل الزوال فهو ليلة الماضية وان روى بعد الزوال فهو لآتية
وسبب اختلافهم ترك اعتبار التجربة فيما سيبله التجربة والرجوع الى الأخبار في ذلك وليس في ذلك أثر
عن النبي عليه الصلاة والسلام يرجع اليه لكن روى عن عمر رضى الله عنه أن ثمان أحدهما عام

والآخر مفسر فذهب قوم الى العام وذهب قوم الى المفسر فأما العام فهو ما رواه الأعمش عن أبي
 وائل شقيق بن سلمة قال أتانا كتاب عمر ونحن نحائضين ان الأهلة بعضها أكبر من بعض فاذا رأيت الهلال
 نهرا فلا تفطروا حتى يشهد رجلان أنهم رأياه بالأمس وأما الخاص فاروى الثوري عنه أنه بلغ عمر بن
 الخطاب ان قوماراً أو الهلال بعد الزوال فأفطروا فكتب اليهم يولمهم وقال اذا رأيت الهلال نهرا قبل
 الزوال فأفطروا واذا رأيتوه بعد الزوال فلا تفطروا قال القاضي الذي يقتضى القياس والتجربة ان القمر
 لا يرى والشمس بعد لم تغب الا وهو بعيد منها لأنه حينئذ يكون أكبر من قوس الرؤية وان كان يختلف
 في الكبر والصغر فبعيد والله أعلم أن يبلغ من الكبر أن يرى والشمس بعد لم تغب ولكن المعتمد في ذلك
 التجربة كما قلنا ولا فرق في ذلك قبل الزوال ولا بعده وانما المعتمد في ذلك مغيب الشمس أو لا مغيبها
 وأما اختلافهم في حصول العلم بالرؤية فان له طريقين أحدهما الحس والآخر الخبر فأما طريق الحس
 فان العلماء أجمعوا على ان من أبصر هلال الصوم وحده ان عليه أن يصوم الاعطاء بن أبي رباح
 فإنه قال لا يصوم الا برؤية غيره معه واختلفوا هل يفطر برؤيته وحده فذهب مالك وأبو حنيفة وأحمد
 الى أنه لا يفطر وقال الشافعي يفطر به قال أبو نؤير وهذا المعنى له فان النبي عليه الصلاة والسلام قد أوجب
 الصوم والفطر للرؤية والرؤية انما تكون بالحس ولو لا الاجماع على الصيام بالخبر عن الرؤية لبعد وجوب
 الصيام بالخبر لظاهر هذا الحديث وانما فرق من فرق بين هلال الصوم والفطر لمكان سد التريعة أن
 لا يدعى الفساق انهم رأوا الهلال فيفطرون وهم بعد لم يروه ولذلك قال الشافعي ان خاف التهمة أسسك عن
 الأكل والشرب واعتقد الفطر وشئنا مالك فقال من أفطر وقد رأى الهلال وحده فعليه القضاء والكفارة
 وقال أبو حنيفة عليه القضاء فقط وأما طريق الخبر فانهم اختلفوا في عدد الخبرين الذين يجب قبول
 خبرهم عن الرؤية وفي صفتهم فأما مالك فقال انه لا يجوز أن يصام ولا يفطر بأقل من شهادة رجلين
 عدلين وقال الشافعي في رواية المزني أنه يصام بشهادة رجل واحد على الرؤية ولا يفطر بأقل من شهادة
 رجلين وقال أبو حنيفة ان كانت السماء مغيرة قبل واحد وان كانت صاحبة بمصر كبير لم تقبل الشهادة
 الجمل الغفير وروى عنه أنه تقبل شهادة عدلين اذا كانت السماء مصحية وقد روى عن مالك أنه لا تقبل
 شهادة الشاهدين الا اذا كانت السماء مغيرة وأجمعوا على أنه لا يقبل في الفطر الا اثنان الا بأثر فإنه لم يفرق
 في ذلك بين الصوم والفطر كما فرق الشافعي وسبب اختلافهم اختلاف الآثار في هذا الباب وتردد الخبر
 في ذلك بين أن يكون من باب الشهادة أو من باب العمل بالأحاديث التي لا يشترط فيها العدد أما الآثار
 فمن ذلك ما أخرجه أبو داود عن عبد الرحمن بن زيد بن الخطاب أنه خطب الناس في اليوم الذي يشك فيه
 فقال اني جالست أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وسألتهم وكلهم حدثوني أن رسول الله صلى الله
 عليه وسلم قال صوموا الرؤية وأفطروا الرؤية فان غم عليكم فأنموا ثلاثين فان شهد شاهدان فصوموا
 وأفطروا ومنها حديث ابن عباس أنه قال جاء أعرابي الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال أبصرت الهلال الليلة
 فقال أشهد أن لا اله الا الله وأن محمدا عبده ورسوله قال نعم قال يا بلال أذن في الناس فليصوموا غدا خروجه
 الترمذي قال وفي اسناده خلاف لأنه رواه جماعة من سلا ومنها حديث ربي بن خراش أخرجه أبو داود
 عن ربي بن خراش عن رجل من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الناس في آخر يوم من رمضان

فقام اعرابيان فشهدا عند النبي صلى الله عليه وسلم لأهل الهلال أمس عشيّة فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم الناس أن يفطروا وأن يعودوا إلى المصلي فذهب الناس في هذه الآراء مذهب الترجيح ومذهب الجمع فالشافعي جمع بين حديث ابن عباس وحديث ربي بن خراش على ظاهرهما فأوجب الصوم بشهادة واحد والفطر باثنين ومالك رجح حديث عبد الرحمن بن زيد لمكان القياس أعنى تشبيه ذلك بالشهادة في الحقوق ويشبه أن يكون أبو ثور لم ير تعاضدا بين حديث ابن عباس وحديث ربي بن خراش وذلك ان الذي في حديث ربي بن خراش أنه قضى بشهادة اثنين وفي حديث ابن عباس أنه قضى بشهادة واحد وذلك مما يدل على جواز الأمرين جميعا لأن ذلك تعارض ولا أن القضاء الأول يختص بالصوم والثاني بالفطر فان القول بهذا انما ينبغي على توهم التعارض وكذلك يشبه الآن (٧) يكون تعارض بين حديث عبد الرحمن بن زيد وبين حديث ابن عباس الا بدليل الخطاب وهو ضعيف اذا عارضه النص فقد نرى أن قول أبي ثور على شذوذه هو أبين مع أن تشبيه الرائي بالراوى هو أمثل من تشبيهه بالشاهد لأن الشهادة اما أن يقول ان اشتراط العدد فيها عبادة غير معلة فلا يجوز أن يقيس عليها واما أن يقول ان اشتراط العدد فيها هو لموضع التنازع الذي في الحقوق والشبهة التي تعرض من قبل قول أحد الخصمين فاشترط فيها العدد وليكون الظن أغلب والميل إلى حجة أحد الخصمين أقوى ولم يتعد بذلك الاثنان لثلاث عسر قيلم الشهادة فتبطل الحقوق وليس في رؤية القمر شبهة من مخالف توجب الاستظهار بالعدد ويشبه أن يكون الشافعي انما فرق بين هلال الفطر وهلال الصوم للتممة التي تعرض للناس في هلال الفطر ولا تعرض في هلال الصوم ومذهب أبي بكر بن المنذر هو مذهب أبي ثور وأحسبه هو مذهب أهل الظاهر وقد احتج أبو بكر بن المنذر لهذا الحديث بانقضاء الاجماع على وجوب الفطر والامساك عن الأكل بقول واحد فوجب أن يكون الأمر كذلك في دخول الشهر وخروجه اذ كلاهما علامة تفصل زمان الفطر من زمان الصوم واذ قلنا ان الرؤية تثبت بالخبر في حق من لم يره فهل يتعدى ذلك من بلد إلى بلد أعنى هل يجب على أهل بلدة اذا لم يروه أن يأخذوا في ذلك برؤية بلد آخر أم لكل بلد رؤية فيه خلاف فأما مالك فان ابن القاسم والمصريين رووا عنه أنه اذا ثبت عند أهل بلد أن أهل بلد آخر رأوا الهلال إن عليهم قضاء ذلك اليوم الذي أفطروه وصامه غيرهم وبه قال الشافعي وأحمد وروى المدنيون عن مالك أن الرؤية لا تلزم بالخبر عند غير أهل البلد الذي وقعت فيه الرؤية الآن يكون الامام يحمل الناس على ذلك وبه قال ابن الماجشون والمغيرة من أصحاب مالك وأجمعوا انه لا يراعى ذلك في البلدان النائية كالأندلس والجزائر والسبب في هذا الخلاف تعارض الآثار والنظر أما النظر فهو ان البلاد اذا لم تختلف مطالعها كل الاختلاف فيجب أن يحمل بعضها على بعض لأنها في قياس الأفق الواحد وأما اذا اختلفت اختلافا كثيرا فليس يجب أن يحمل بعضها على بعض وأما الآثار فارواه مسلم عن كريب ان أم الفضل بنت الحارث بعثته إلى معاوية بالشام فقال قدمت الشام فقضيت حاجتها واستهل على رمضان وأنا بالشام فرأيت الهلال ليلة الجمعة ثم قدمت المدينة في آخر الشهر فسألتني عبد الله بن عباس ثم ذكر الهلال فقال متى رأيتم الهلال فقلت رأيته ليلة الجمعة فقال رأيته فقلت نعم وراة الناس وصاموا وصام معاوية قال لكأرأيته ليلة السبت فلا تزال نسوم حتى نكمل ثلاثين يوما وزاد فقلت ألا تكتفي برؤية معاوية فقال لا هكذا أمرنا النبي عليه الصلاة

والسلام فظاهر هذا الأثر يقتضي ان لكل بلد رؤيته قرباً وبعد والنظر يعطى الفرق بين البلاد النائية والقريبة وبخاصة ما كان نايه في الطول والعرض كثيراً وإذا بلغ الخبر مبلغ التواتر لم يحتج فيه الى شهادة فهذه هي المسائل التي تتعلق بزمان الوجوب وأما التي تتعلق بزمان الامساك فانهم اتفقوا على أن آخره غموبة الشمس لقوله تعالى (ثم أمموا الصيام الى الليل) واختلفوا في أوله فقال الجمهور هو طلوع الفجر الثاني المستطير الأبيض لثبوت ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أعنى حده بالمستطير وظاهر قوله تعالى (حتى يتبين لكم الخطيط الأبيض) الآية وشئت فرقة فقالوا هو الفجر الأحمر الذي يكون بعد الأبيض وهو نظير الشفق الأحمر وهو مروي عن حذيفة وابن مسعود وسبب هذا الخلاف هو اختلاف الآثار في ذلك واشترك اسم الفجر أعنى أنه يقال على الأبيض والأحمر وأما الآثار التي احتجوا بها فمنا حديث زر عن حذيفة قال تسعرت مع النبي صلى الله عليه وسلم ولوا شاء أن أقول هو النهار الآن الشمس لم تطلع وخرج أبو داود عن قيس بن ظريق عن أبيه أنه عليه الصلاة والسلام قال كلوا واشربوا ولا يهيدنكم (٧) الساطع المصعد فكلوا واشربوا حتى يعترض لكم الأحمر قال أبو داود وهذا ما انفرد به أهل الجماعة وهذا شذوذ فإن قوله تعالى (حتى يتبين لكم الخطيط الأبيض) نص في ذلك أو كالتص والذين رأوا أنه الفجر الأبيض المستطير وهم الجمهور والمعتدوا اختلقوا في الحد المحرم لال كل فقال قوم هو طلوع الفجر نفسه وقال قوم هو تبيينه عند الناظر اليه ومن لم يتيقنه فالأكل مباح له حتى يتبينه وان كان قد قطع وفائدة الفرق انه اذا انكشف ان ما ظن من أنه لم يطلع كان قد طلع فن كان الحد عنده هو الطلوع نفسه أوجب عليه القضاء ومن قال هو العلم الحاصل به لم يوجب عليه قضاء وسبب الاختلاف في ذلك الاحتمال الذي في قوله تعالى وكلا واشربوا حتى يتبين لكم الخطيط الأبيض من الخطيط الأسود من الفجر هل على الامساك بالتبيين نفسه أو بالشئ المتبين لأن العرب تتجاوز فتستعمل لاحق الشئ بدل الشئ على وجه الاستعارة فكأنه قال تعالى (وكلا واشربوا حتى يتبين لكم الخطيط الأبيض من الخطيط الأسود) لأنه اذا تبين في نفسه تبين لنا فإذا اضافة التبيين لنا هي التي وقعت الخلاف لأنه قد يتبين في نفسه ويتميز ولا يتبين لنا وظاهر اللفظ يوجب تعلق الامساك بالعلم والقياس يوجب تعلقه بالطلوع نفسه أعنى قياساً على الغروب وعلى سائر حدود الأوقات الشرعية كالزوال وغيره فان الاعتبار في جميعها في الشرع هو الأمر نفسه لا بالعلم المتعلق به والمشهور عن مالك وعليه الجمهور ان الأكل يجوز أن يتصل بالطلوع وقيل بل يجب الامساك قبل الطلوع والحجة للقول الأول ما في كتاب البغاري أنه في بعض رواياته قال النبي صلى الله عليه وسلم وكلا واشربوا حتى ينادي ابن أم مكتوم فإنه لا ينادي حتى يطلع الفجر وهو نص في موضع الخلاف أو كالتص والموافق لظاهر قوله تعالى وكلا واشربوا الآية ومن ذهب الى أنه يجب الامساك قبل الفجر فجر ياعلى الاحتياط وسد للثريعة وهو أروع القولين والأول قيس والله أعلم

الركن الثاني وهو الامساك

وأجمعوا على أنه يجب على الصائم الامساك زمان الصوم عن الطعام والمشروب والجامع لقوله تعالى (فالآن باشروه) وابتغوا ما كتب الله لكم وكلا واشربوا حتى يتبين لكم الخطيط الأبيض من الخطيط الأسود من الفجر) واختلفوا من ذلك في مسائل منها سكوت عنها ومنها منطوق بها أما المسكوت عنها احداها

(٧) هكذا بالنسخة المصرية وبالنسخة المغربية ولا يهمنكم فتأمل

فما يرد الجوف مما ليس بمغذٍ فما يرد الجوف من غير منفذ الطعام والشراب مثل الخفنة وفما يرد بطن سائر الأعضاء ولا يرد الجوف مثل أن يرد السماغ ولا يرد المعدة وسبب اختلافهم في هذه هو قياس المغذى على غير المغذى وذلك أن المنطوق به أنما هو المغذى فمن رأى أن المقصود بالصوم معنى معقول لم يلحق المغذى بغير المغذى ومن رأى أنها عبادة غير معقولة وإن المقصود منها أنما هو الامساك فقط عما يرد الجوف سوى بين المغذى وغير المغذى وتحصيل منبه مالك أنه يجب الامساك عما يصل إلى الخلق من أي المنفذ وصل مغذياً كان أو غير مغذٍ وأما ما عدا المأكول والمشروب من المفطرات فكلهم يقولون إن من قبل فأمنى فقد أفطر وإن أمذى فلم يفطر إلا مالك واختلفوا في القبلة للصائم فمنهم من أجازها ومنهم من كرهها للشباب وأجازها للشيخ ومنهم من كرهها على الإطلاق فمن رخص فيها فلما روى من حديث عائشة وأم سامة أن النبي عليه الصلاة والسلام كان يقبل وهو صائم ومن كرهها فلما يدعوا إليه من الوقاع وشذ قوم فقالوا القبلة تفطر واحتجوا بذلك بما روى عن ميمنة بنت سعد قالت سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن القبلة للصائم فقال أفطر أجمعوا خرج هذا الأثر الطحاوي ولكن ضعفه وأما ما يقع من هذه من قبل الغلبة ومن قبل النسيان فالكلام فيه عند الكلام في المفطرات وأحكامها وأما ما اختلفوا فيه مما هو منطوق به فالجماعة والتيء أما الجملة فإن فيها ثلاثة مذاهب قوم قالوا إنها تفطر وإن الامساك عنها واجب وبه قال أحمد وداود والأوزاعي وأبو حنيفة ومنهم من كرهها وهو صائم ومن كرهها فلما يدعوا إليه للصائم وليست تفطر وبه قال مالك والشافعي والثوري وقوم قالوا إنها غير مكروهة ولا مفطرة وبه قال أبو حنيفة وأصحابه وسبب اختلافهم تعرض الآثار الواردة في ذلك وذلك أنه ورد في ذلك حديثان أحدهما ما روى من طريق ثوبان ومن طريق رافع بن خديج أنه عليه الصلاة والسلام قال أفطر الحاجم والمحجوم وحديث ثوبان هذا كان يصححه أحمد والحديث الثاني حديث عكرمة عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم احتجم وهو صائم وحديث ابن عباس هذا صحيح فذهب العلماء في هذين الحديثين ثلاثة مذاهب أحدها مذهب الترجيح والثاني مذهب الجمع والثالث مذهب الاسقاط عند التعارض والرجوع إلى البراءة الأصلية إذ لم يعلم الناسخ من المنسوخ فمن ذهب مذهب الترجيح قال بحديث ثوبان وذلك أن هذا موجب حكماً وحديث ابن عباس رافعه والموجب مرجع عند كثير من العلماء على الرفع لأن الحكم إذا ثبت بطريق يوجب العمل لم يرتفع إلا بطريق يوجب العمل برفعه وحديث ثوبان قد وجب العمل به وحديث ابن عباس يحتمل أن يكون ناسخاً ويحتمل أن يكون منسوخاً وذلك شك والشك لا يوجب عملاً ولا يرفع العلم الموجب للعمل وهذا على طريقة من لا يرى الشك مؤثراً في العلم ومن رام الجمع بينهما حل حديث النهي على الكراهية وحديث الاحتجام على رفع الخطر ومن أسقطهما للتعارض قال بإباحة الاحتجام للصائم وأما التيء فإن جمهور الفقهاء على أن من ذرعه التيء فليس بمفطر إلا ربيعة فإنه قال إنه مفطر وجهورهم أيضاً على أن من استقاء فقاء فانه مفطر إلا طائفة وسبب اختلافهم ما يتوهم من التعارض بين الأحاديث الواردة في هذه المسئلة واختلافهم أيضاً في تصحيحها وذلك أنه ورد في هذا الباب حديثان أحدهما حديث أبي البرداء أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أفطر قال معبدان فلقيت ثوبان في مسجد دمشق فقلت له إن أبا البرداء حدثني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم

قاء فأفطر فقال صدق أنا صيبت له وضوءاً وحديث ثوبان هذا صحيحه الترمذى والآ خر حديث أبي هريرة
 سخرجه الترمذى وأبو داود أيضاً أن النبي عليه الصلاة والسلام قال من ذرعه التيء وهو صائم فليس عليه
 قضاء وإن استقاء فعليه القضاء وروى موقوفاً على ابن عمر فمن لم يصح عنه الأثران كلاهما قال ليس
 فيه فطر أصلاً ومن أخذ بظاهر حديث ثوبان ورجحه على حديث أبي هريرة أوجب الفطر من التيء
 باطلاق ولم يفرق بين أن يستقيء أو لا يستقيء ومن جمع بين الحديثين وقال حديث ثوبان مجمل وحديثه
 أبي هريرة مفسر والواجب حمل المجمل على المفسر فرق بين التيء والاستقاء وهو الذي عليه الجمهور
 الركن الثالث وهو النية

والنظر في النية في مواضع منها هل هي شرط في صحة هذه العبادة أم ليست بشرط وإن كانت شرطاً في الذي
 يجزى من تعيينها وهل يجب تجديدها في كل يوم من أيام رمضان أم يكفي في ذلك النية الواحدة في اليوم
 الأول وإذا أوقعها المكلف فأى وقت إذا وقعت فيه صح الصوم وإذا لم تقع فيه بطل الصوم وهل رفض
 النية يوجب الفطر وإن لم يفطر وكل هذه المطالب قد اختلف الفقهاء فيها أما كون النية شرطاً في صحة
 الصيام فإنه قول الجمهور وشذفر فقال لا يحتاج رمضان إلى نية الآن يكون الذي يدركه صيام شهر
 رمضان مريضاً ومسافراً غير الصوم والسبب في اختلافهم الاحتمال المتطرق إلى الصوم هل هو عبادة
 معقولة المعنى أو غير معقولة المعنى فمن رأى أنها غير معقولة المعنى أوجب النية ومن رأى أنها معقولة المعنى
 قال قد حصل المعنى إذا صام وإن لم ينو لكن تخصيص زفر رمضان بذلك من بين أنواع الصوم فيه ضعف
 وكأنه لما رأى أن أيام رمضان لا يجوز فيها الفطر رأى أن كل صوم يقع فيها ينقلب صوماً شرعياً وإن هذا شيء
 يخص هذه الأيام وأما اختلافهم في تعيين النية الجزئية في ذلك فإن مالكا قال لا بد في ذلك من تعيين صوم
 رمضان ولا يكفي اعتقاد الصوم مطلقاً ولا اعتقاد صوم معين غير صوم رمضان وقال أبو حنيفة إن اعتقد
 مطلق الصوم أجزاء وكذلك إن نوى فيه صيام غير رمضان أجزاء وانقلب إلى صيام رمضان الآن يكون
 مسافراً فإنه إذا نوى المسافر عنده في رمضان صيام غير رمضان كان ما نوى لأنه لم يجب عليه صوم رمضان
 وجوباً بل معيناً ولم يفرق أصحابه بين المسافر والحاضر وقال كل صوم نوى في رمضان انقلب إلى رمضان
 وسبب اختلافهم هل الكافي في تعيين النية في هذه العبادة هو تعيين جنس العبادة أو تعيين شخصها
 وذلك أن كلا الأمرين موجود في الشرع مثال ذلك أن النية في الوضوء يكفي منها اعتقاد رفع الحدث لأى
 شيء كان من العبادات التي الوضوء شرط في صحتها وليس يختص عبادة بوضوء وضوء وأما الصلاة
 فلا بد فيها من تعيين شخص العبادة فلا بد من تعيين الصلاة أن عصر أو عصر أو ظهر أو ظهر أو هذا كله
 على المشهور وعند العلماء فتردد الصوم عند هؤلاء بين هذين الجنسيتين فمن ألحقه بالجنس الواحد قال يكفي
 في ذلك اعتقاد الصوم فقط ومن ألحقه بالجنس الثاني اشترط تعيين الصوم واختلافهم أيضاً في إذا نوى
 في أيام رمضان صوماً آخر هل ينقلب أو لا ينقلب سببها أيضاً أن من العبادة عندهم ما ينقلب من قبل
 أن الوقت الذي توقع فيه يختص بالعبادة التي تنقلب إليه ومنها ما ليس ينقلب أم لا التي لا تنقلب فأكثرها
 وأما التي تنقلب باتفاق فالخج وذلك أنهم قالوا إذا ابتدأ الحج تطوعاً ومن وجب عليه الحج انقلب التطوع
 إلى الفرض ولم يقلوا ذلك في الصلاة ولا في غيرها فمن شبه الصوم بالحج قال ينقلب ومن شبهه بغيره من

العبادات قال لا ينقلب وأما اختلافهم في وقت النية فإن مالكاً رأى أنه لا يجوز الصيام إلا بنية قبل الفجر وذلك في جميع أنواع الصوم وقال الشافعي تجزئ النية بعد الفجر في النافلة ولا تجزئ في الفروض وقال أبو حنيفة تجزئ النية بعد الفجر في الصيام المتعلق وجوبه بوقت معين مثل رمضان ونذر أيام محدودة وكذلك في النافلة ولا يجوز في الواجب في النية والسبب في اختلافهم تعارض الأثر في ذلك أما الآثار المتعارضة في ذلك فأحدهما حجة البخاري عن حفصة أنه قال عليه الصلاة والسلام من لم يبيت الصيام من الليل فلا صيام له ورواه مالك موقوفاً قال أبو عمر حديث حفصة في إسنادها اضطراب والثاني ما رواه مسلم عن عائشة قالت قال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات يوم يا عائشة هل عندك شيء قالت قلت يا رسول الله ما عندنا شيء قال فاني صائم وحديث معاوية أنه قال على المنبر يا أهل المدينة أين علماءكم سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول اليوم هذا يوم عاشوراء ولم يكتب علينا صيامه وأنا صائم فمن شاء منكم فليصم ومن شاء فليفطر فمن ذهب منهج الترجيح أخذ بحديث حفصة ومن ذهب منهج الجمع فرق بين النفل والفرض أعني حل حديث حفصة على الفرض وحديث عائشة ومعاوية على النفل واتمافرق أبو حنيفة بين الواجب المعين والواجب في النية لأن الواجب المعين له وقت مخصوص يقوم مقام النية في التعيين والذي في النية ليس له وقت مخصوص فوجب أن التعيين بالنية وجهور الفقهاء على أنه ليس الطهارة من الجنابة شرطاً في صحة الصوم لما ثبت من حديث عائشة وأم سلمة زوجتي النبي صلى الله عليه وسلم أنهما قالتا كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصبح جنباً من جماع غير احتلام في رمضان ثم يصوم ومن أحججه لهم الإجماع على أن الاحتلام بالنهار لا يفسد الصوم وروى عن إبراهيم النخعي وعروة بن الزبير وطاوس أنه أنعم بذلك أفسد صومه وسبب اختلافهم ما روى عن أبي هريرة أنه كان يقول من أصبح جنباً في رمضان أفطر وروى عنه أنه قال ما أناقتك محمد صلى الله عليه وسلم قاله ورب الكعبة وذهب ابن الماجشون من أصحاب مالك أن الحائض إذا طهرت قبل الفجر فأخوت الغسل إن يومها يوم فطر وأما ويل هؤلاء شاذة ومردودة بالنسبة المشهورة الثابتة

﴿ القسم الثاني من الصوم المفروض ﴾

وهو الكلام في الفطر وأحكامه والمفطرون في الشرع على ثلاثة أقسام صنف بجوزله الفطر والصوم بإجماع وصنف يجب عليه الفطر على اختلاف في ذلك بين المسلمين وصنف لا يجوز له الفطر وكل واحد من هؤلاء تتعلق به أحكام أما الذين يجوز لهم الأمر إن فالريض باتفاق والمسافر باختلاف والحامل والمرضع والشيخ الكبير وهذا التقسيم كله مجمع عليه فاما المسافر فالنظر فيه في مواضع منها هل إن صام أجزاء صومه أم ليس يجوز به وهل إن كان يحجز المسافر صومه الأفضل له الصوم أو الفطر أو هو مخير بينهما وهل الفطر الجائز له هو في سفر محدود أم في كل ما ينطلق عليه اسم السفر في وضع اللغة ومتى ينظر المسافر ومتى يمكس وهل إذا مضى بعض الشهر له أن ينشئ السفر أم لا ثم إذا فطر ما حكمه. وأما المريض فالنظر فيه أيضاً في تحديد المرض الذي يجوز له فيه الفطر وفي حكم الفطر (أما المسئلة الأولى) وهي إن صام المريض والمسافر هل يجوز به صومه عن فرضه أم لا فإنهم اختلفوا في ذلك فذهب الجمهور إلى أنه إن صام وقع صيامه وأجزأه وذهب أهل الظاهر إلى أنه لا يجوز به وإن فرضه هو أيام آخر * والسبب في اختلافهم تردد قوله تعالى

فمن كان منكم مريضاً أو على سفر فعدة من أيام أخر بين أن يحمل على الحقيقة فلا يكون هنالك محذوف أصلاً أو يحمل على المجاز فيكون التقدير فافطر فعدة من أيام أخر وهذا الخلف في الكلام هو الذي يعرفه أهل صناعة الكلام بلحن الخطاب فمن حل الآية على الحقيقة ولم يحملها على المجاز قال ان فرض المسافر عدة من أيام أخر لقوله تعالى فعدة من أيام أخر ومن قدر فافطر قال انما فرض عدة من أيام أخر اذا أفطر وكلا الفريقين يرجع تأويله بالآثار الشاهدة لكلا المفهومين وان كان الاصل هو أن يحمل الشيء على الحقيقة حتى يدل الدليل على جملة على المجاز أما الجمهور فيستجوبون لمتنبهم بما ثبت من حديث أنس قال سافرنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في رمضان فلم يعب الصائم على المفطر ولا المفطر على الصائم وبما ثبت عنه أيضاً انه قال كان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يسافرون فيصوم بعضهم ويفطر بعضهم وأهل الظاهر يحتجون بمتنبهم بما ثبت عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج الى مكة عام الفتح في رمضان فصام حتى باغ الكديد ثم أفطر فافطر الناس وكانوا يأخذون بالاحداث فلاحث من أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم قالوا وهذا يدل على نسخ الصوم قال أبو عمر والحجة على أهل الظاهر إجماعهم على أن المريض اذا صام أجزاء صومه (وأما المسئلة الثانية) وهي هل الصوم أفضل أو الفطر اذا قلنا انه من أهل الفطر على منعه الجمهور فانهم اختلفوا في ذلك على ثلاثة مذاهب فبعضهم رأى الصوم أفضل وعن قال بهذا القول مالك وأبو حنيفة وبعضهم رأى أن الفطر أفضل وعن قال بهذا القول أحمد وجاعة وبعضهم رأى أن ذلك على التخيير وانه ليس أحدهما أفضل * والسبب في اختلافهم معارضة المفهوم من ذلك لظاهر بعض المنقول ومعارضة المنقول بعضه لبعض وذلك أن المعنى المعقول من اجازة الفطر للصائم انما هو الرخصة للمكان رفع المشقة عنه وما كان رخصة فالأفضل ترك الرخصة ويشهد لهذا حديث حمزة بن عمرو الاسلمي خرج به مسلم انه قال يا رسول الله أجدي قوة على الصيام في السفر فهل على من جناح فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هي رخصة من الله فمن أخذ بها فحسن ومن أحب أن يصوم فلا جناح عليه وأما ما ورد من قوله عليه الصلاة والسلام ليس من البر أن تصوم في السفر ومن أن أخر فعله عليه الصلاة والسلام كان الفطر فيؤهم أن الفطر أفضل لكن الفطر لما كان ليس حكماً وانما هو من فعل المباح عسر على الجمهور أن يضعوا المباح أفضل من الحكم وأما من خبر في ذلك فلمكان حديث عائشة قالت سألت حمزة بن عمرو الاسلمي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الصيام في السفر فقال ان شئت فصم وان شئت فافطر خرج به مسلم (وأما المسئلة الثالثة) وهي هل الفطر الجائز للمسافر هو في سفر محدود أو في سفر غير محدود فان العلماء اختلفوا فيها فذهب الجمهور الى انه انما يفطر في السفر الذي تقصر فيه الصلاة وذلك على حسب اختلافهم في هذه المسئلة وذهب قوم الى انه يفطر في كل ما ينطلق عليه اسم سفر وهم أهل الظاهر * والسبب في اختلافهم معارضة ظاهر اللفظ للمعنى وذلك أن ظاهر اللفظ ان كل من ينطلق عليه اسم مسافر فله أن يفطر لقوله تعالى (فمن كان منكم مريضاً أو على سفر فعدة من أيام أخر) وأما المعنى المعقول من اجازة الفطر في السفر فهو المشقة ولما كانت لا توجد في كل سفر وجب أن يجوز الفطر في السفر الذي فيه المشقة ولما كان الصحابة كانوا يجمعون على الحد في ذلك وجب أن يقاس ذلك على الحد في تقصير

الصلاة وأما المرض الذي يجوز فيه الفطر فانهم اختلفوا فيه أيضا فذهب قوم الى انه المرض الذي يلحق من الصوم فيه مسقة وضرورة وبه قال مالك وذهب قوم الى انه المرض الغالب وبه قال أحمد وقال قوم اذا انطلق عليه اسم المريض أفطر * وسبب اختلافهم هو بعينه سبب اختلافهم في حد السفر (وأما المسئلة الخامسة) وهي متى يفطر المسافر ومتى يمكك فان قوما قالوا يفطر يومه الذي خرج فيه مسافرا وبه قال الشعبي والحسن وأحمد وقالت طائفة لا يفطر يومه ذلك وبه قال فقهاء الامصار واستحب جامعة العلماء لمن علم انه يدخل المدينة أول يومه ذلك أن يدخل صائما وبعضهم في ذلك أكثر تشديدا من بعض وكلهم لم يوجبوا على من دخل موطرا كفارة واختلفوا فيمن دخل وقذهب بعض النهار فذهب مالك والشافعي الى انه يتأدى على فطره وقال أبو حنيفة وأصحابه يكف عن الاكل وكذلك الحائض عنده تطهر تركف عن الأكل والسبب في اختلافهم في الوقت الذي يفطر فيه المسافر هو معارضة الاثر للنظر أما الاثر فانه ثبت من حديث ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صام حتى بلغ الكديد ثم أفطر وأفطر الناس معه وظاهر هذا انه أفطر بعد أن يت الصوم وأما الناس فلا يشك انهم أفطروا بعد تبييتهم الصوم وفي هذا المعنى أيضا حديث جابر بن عبد الله أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج عام الفتح الى مكة فصارت حتى بلغ كراع الغميم وصام الناس ثم دعا بقدر من ماء فرفعه حتى نظر الناس اليه ثم شرب فقبل له بعد ذلك ان بعض الناس قد صام فقال أولئك العصاة وأولئك العصاة وخرج أبو داود عن أبي نضرة الغفاري انه لما تجاوز البيوت دعا بالسفرة قال جعفر راوى الحديث فقلت ألسنت تؤم البيوت فقال أترغب عن سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم قال جعفر فأكل وأما النظر فلما كان المسافر لا يجوز له الا أن يبيت الصوم ليلة سفره لم يجز له أن يبطل صومه وقديته لقوله تعالى ولا تبطلوا أعمالكم وأما اختلافهم في امساك الداخل في أثناء النهار عن الاكل أو الامساك * فالسبب فيه اختلافهم في تشبيهه من يطرا عليه في يوم شك فطر فيه الشبوت انه من رمضان فن شبهه به قال يمكك عن الاكل ومن لم يشبهه به قال لا يمكك عن الاكل لان الاول اكل لموضع الجهل وهذا اكل لسبب مبيح أو موجب للاكل والحنفية تقول كلاهما سببان موجبان للامساك عن الاكل بعد اباحة الاكل (وأما المسئلة السادسة) وهي هل يجوز للصائم في رمضان أن ينشئ سفرا ثم لا يصوم فيه فان الجمهور على انه يجوز ذلك وله وروى عن بعضهم وهو عبيدة السلماني وسويد بن غفلة وابن مجاز انه ان سافر فيه صام ولم يجزوا له الفطر * والنسب في اختلافهم اختلافهم في مفهوم قوله تعالى (فن شهد منكم الشهر فليصمه) وذلك انه يحتمل ان يفهم منه أن من شهد بعض الشهر فالواجب عليه أن يصومه كله ويحتمل أن يفهم منه أن من شهد ان الواجب أن يصوم ذلك البعض الذي شهد به وذلك انه لما كان المفهوم باتفاق أن من شهد به كله فهو يصومه كله كان من شهد بعضه فهو يصوم بعضه ويؤيد تأويل الجمهور انشاء رسول الله صلى الله عليه وسلم السفر في رمضان وأما حكم المسافر اذا أفطر فهو القضاء باتفاق وكذلك المريض لقوله تعالى (فعدة من أيام أخر) ماعدا المريض بالغماء أو جنون فانهم اختلفوا في وجوب القضاء عليه وفقهاء الامصار على وجوبه على المعفى عليه واختلفوا في الجنون ومنه مالك وجوب القضاء عليه وفيه ضعف لقوله عليه الصلاة والسلام وعن الجنون حتى يفيق والذين أجبوا عليهما القضاء اختلفوا في كون الانغماء والجنون مفسدا للصوم

فقوم قالوا انه مفسد وقوم قالوا ليس بمفسد وقوم فرقوا بين أن يغني عليه بعد الفجر أو قبل الفجر وقوم قالوا أن يغني عليه بعد مضي أكثر النهار جزءاً وإن أغني عليه في أول النهار قضى وهو مذهب مالك وهذا كله فيه ضعف فإن الاغماء والجنون صفة يرتفع بها التكليف وبخاصة الجنون وإذا ارتفع التكليف لم يوصف بمفطر ولا صائم فكيف يقال في الصفة التي ترفع التكليف انها مبطلة للصوم إلا كما يقال في الميت أو فمجن لا يصبح منه العمل انه قد بطل صومه وعمله ويتعلق بقضاء المسافر والمريض مسائل منها هل يقضيان ما عليهما متتابعاً أم لا ومنها ماذا عليهما إذا أجزأ القضاء بغير عذر إلى أن يدخل رمضان آخر ومنها إذا ماتا ولم يقضيا هل يصوم عنهما وليهما أو لا يصوم (أما المسألة الأولى) فإن بعضهم أوجب أن يكون القضاء متتابعاً على صفة الاداء وبعضهم لم يوجب ذلك وهو لا من خير ومنهم من استحب التتابع والجماعة على ترك الإيجاب التتابع * وسبب اختلافهم تعارض ظواهر اللفظ والقياس وذلك أن القياس يقتضي أن يكون الاداء على صفة القضاء أصل ذلك الصلاة والحج وأما ظاهر قوله تعالى فعدة من أيام أخر فإما يقتضي إيجاب العدد فقط لا إيجاب التتابع وروى عن عائشة انها قالت نزلت فعدة من أيام أخر متتابعات فسقط متتابعات وأما إذا أجزأ القضاء حتى دخل رمضان آخر فقال قوم يجب عليه بعد صيام رمضان الداخل القضاء والكفارة وبه قال مالك والشافعي وأحمد وقال قوم لا كفارة عليه وبه قال الحسن البصري وإبراهيم النخعي * وسبب اختلافهم هل تقاس الكفارات بعضها على بعض أم لا فمن لم يجز القياس في الكفارات قال انما عليه القضاء فقط ومن أجاز القياس في الكفارات قال عليه كفارة قياساً على من أفطر متعمداً لأن كليهما مستهين بحرمة الصوم أما هذا فبترك القضاء زمان القضاء وأما ذلك فبالا كل في يوم لا يجوز فيه إلا كل وإنما كان يكون القياس مستنداً لو ثبت أن القضاء زماناً محبوداً بنص من الشارع لأن أزمته الأداء هي المحدودة في الشرع وقد شد قوم فقالوا إذا اتصل مرض المريض حتى يدخل رمضان آخر انه لا قضاء عليه وهذا يخالف للنص وأما إذا مات وعليه صوم فإن قوما قالوا لا يصوم أحد عن أحد وقوم قالوا يصوم عنه وليه والذين لم يوجبوا الصوم قالوا يطعم عنه وليه وبه قال الشافعي وقال بعضهم لا صيام ولا اطعام الآن يوصى به وهو قول مالك وقال أبو حنيفة يصوم فإن لم يستطع أطعم وفرق قوم بين النذر والصيام المفروض فقالوا يصوم عنه وليه في النذر ولا يصوم في الصيام المفروض * والسبب في اختلافهم معارضة القياس للأثر وذلك انه ثبت عنه من حديث عائشة انه قال عليه السلام من مات وعليه صيام صامه عنه وليه خرجه مسلم وثبت عنه أيضاً من حديث ابن عباس انه قال جاء رجل إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله إن أمي ماتت وعليها صوم شهر أفأقضيه عنها فقال لو كان على أمك دين أ كنت أقضيه عنها قال نعم قال فدين الله أحق بالقضاء فمن رأى أن الأصول تعارضه وذلك انه كما انه لا يصلي أحد عن أحد ولا يتوضأ أحد عن أحد كذلك لا يصوم أحد عن أحد قال لا صيام على الولي ومن أخذ بالنص في ذلك قال بإيجاب الصيام عليه ومن لم يأخذ بالنص في ذلك قصر الوجوب على النذر ومن قاس رمضان عليه قال يصوم عنه في رمضان وأما من أوجب الاطعام فخصيراً إلى قراءة من قرأ وعلى الذين يطوقونه فدية الآية ومن خبر في ذلك فجمع بين الآية والأثر فهذه هي أحكام المسافر والمريض من الصنف الذين يجوز لهم الفطر والصوم وأما باقي هذا الصنف

وهو الرضع والحامل والشيخ الكبير فإن فيه مسئلتين مشهورتين أحدهما الحامل والمرضع إذا أفطرا ماذا عليهما وهذه المسئلة للعلماء فيها أربعة مذاهب أحدها انهما يطعمان ولا قضاء عليهما وهو مروي عن ابن عمر وابن عباس والقول الثاني انهما يقضيان فقط ولا طعام عليهما وهو مقابل الاول وبه قال أبو حنيفة وأصحابه وأبو عبيد وأبو ثور والثالث انهما يقضيان ويطعمان وبه قال الشافعي والقول الرابع ان الحامل تقضى ولا تطعم والمرضع تقضى وتطعم * وسبب اختلافهم تردد شبههما بين الذي يجعده الصوم وبين المريض فمن شبههما بالمريض قال عليهما القضاء فقط ومن شبههما بالذي يجعده الصوم قال عليهما الاطعام فقط بدليل قراءة من قرأ على الذين يطوقونه فدية طعام مسكين الآية وأما من جمع عليهما الامرين فيشبه أن يكون رأى فيهما من كل واحد شيئا فقال عليهما القضاء من جهة ما فيهما من شبه المريض وعليهما الفدية من جهة ما فيهما من شبه الذين يجعدهم الصيام ويشبه أن يكون شبههما بالمفطر الصحيح لكن يصف هذا فإن الصحيح لا يباح له الفطر ومن فرق بين الحامل والمرضع أحق الحامل بالمريض وأبقى حكم المرضع مجموعا من حكم المريض وحكم الذي يجعده الصوم أو شبهها بالصحيح ومن أفرد لهما أحد الحكمين أولى والله أعلم بمن جمع كما كان من أفردهما بالقضاء أولى عن أفردهما بالاطعام فقط لكون القراءة غير متواترة فتأمل هذا فإنه بين * وأما الشيخ الكبير والجهوز اللذان لا يقدران على الصيام فانهم أجعوا على أن لهما أن يفطرا واختلفوا فيما عليهما إذا أفطرا فقال قوم عليهما (٧) وقال قوم ليس عليهما اطعام وبالأول قال الشافعي وأبو حنيفة والثاني قال مالك إلا أنه استحبه وأكثر من رأى الاطعام عليهما يقول مد عن كل يوم وقيل ان حفن حفنا كما كان انس يصنع أجزاء * وسبب اختلافهم في القراءة التي ذكرنا أعنى قراءة من قرأ وعلى الذين يطوقونه فمن أوجب العمل بالقراءة التي لم تثبت في المصنف اذا وردت من طريق الأحاد العدول قال الشيخ منهم ومن لم يوجب بها عملا جعل حكمه حكم المريض الذي يتماذى به المرض حتى يموت فهذه هي أحكام الصنف من الناس الذين يجوز لهم الفطر أعنى أحكامهم المشهورة التي أكثرها منطوق بها ولهذا تعلق بالمنطوق به في الصنف الذي يجوز له الفطر * وأما النظر في أحكام الصنف الذي لا يجوز له الفطر إذا أفطر فإن النظر في ذلك يتوجه الى من يفطر بجماع والى من يفطر بغير جماع والى من يفطر بأمر متفق عليه والى من يفطر بأمر مختلف فيه أعنى بشبهة أو بغير شبهة وكل واحد من هذين أما أن يكون على طريق السهو أو طريق العمد أو طريق الاختيار أو طريق الاكراه أما من أفطر بجماع متعمدا في رمضان فإن الجمهور على أن الواجب عليه القضاء والكفارة لما ثبت من حديث أبي هريرة أنه قال جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال هلكت يا رسول الله قال وما أهلكك قال وقعت على امرأتي في رمضان قال هل تجبنا تعتق برقة قال لا قال فهل تستطيع أن تصوم شهرين متتابعين قال لا قال فهل يجحد اطعامه مستين مسكينين قال لا ثم جلس فأتى النبي صلى الله عليه وسلم بقرق فيه تمر فقال تصدق بهذا فقال أعلى أفر مني فباين لا بئس أهل بيت أحوج اليه منا قال فضحك النبي صلى الله عليه وسلم حتى بدت أنيابه ثم قال اذهب فأطعما هلك واختلفوا من ذلك في مواضع منها هل الافطار متعمدا بالاكل والشرب

٧ هكذا هو بالنسخ ولعل فيه سقط لفظ اطعام تأمل اه مصححه

حكمه حكم الافطار بالجماع في القضاء والكفارة أم لا ومنها اذا جامع ساهيا ماذا عليه ومنها اذا على المرأة اذا لم تكن مكرهه ومنها هل الكفارة الواجبة فيه مترتبة أو على التحخير ومنها كم المقدار الذي يجب أن يعطى كل مسكين اذا كفر بالطعام ومنها هل الكفارة متكررة بتكرار الجماع أم لا ومنها اذا الزمه الاطعام وكان معسر اهل يلزمه الاطعام اذا أئرى أم لا وشذ قوم فلم يوجبوا على المفطر عهد بالجماع الا القضاء فقط اما لانه لم يبلغهم هذا الحديث واما لانه لم يكن الامر عزمة في هذا الحديث لانه لو كان عزمة لوجب اذا لم يستطع الاعتاق أو الاطعام أن يصوم ولا بد اذا كان محيحا على ظاهر الحديث وأيضا لو كان عزمة لأعلمه عليه السلام انه اذا صح انه يجب عليه الصيام ان لو كان مريضا وكذلك شذ قوم أيضا فقالوا ليس عليه الا الكفارة فقط اذ ليس في الحديث ذكر القضاء والقضاء الواجب بالكتاب انما هو لمن أفطر عن يجوز له الفطر أو بمن لا يجوز له الصوم على الاختلاف الذي قررناه قبل في ذلك فاما من أفطر متعمدا فليس في إيجاب القضاء عليه نص فيلحق في قضاء المتعمد الخلاف الذي لحق في قضاء تارك الصلاة عمدا حتى خرج وقتها الا أن الخلاف في هاتين المسئلتين شاذ وأما الخلاف المشهور فهو في المسائل التي عدناها قبل (أما المسئلة الاولى) وهي هل يجب الكفارة بالافطار بالاكل والشرب متعمدا فان مالكا وأصحابه وأبا حنيفة وأصحابه والثوري وجاعة ذهبوا الى أن من أفطر متعمدا بأكل أو شرب أن عليه القضاء والكفارة المذكورة في هذا الحديث وذهب الشافعي وأحمد وأهل الظاهر الى أن الكفارة انما تلزم في الافطار من الجماع فقط والسبب في اختلافهم اختلافهم في جواز قياس المفطر بالاكل والشرب على المفطر بالجماع فمن رأى أن شبههما فيه واحد وهو انتهاك حرمة الصوم جعل حكمهما واحدا ومن رأى أنه وإن كانت الكفارة عقابا لانتهاك الحرمة فانها أشد مناسبة للجماع منها لغيره وذلك ان العقاب المقصود به الردع والعقاب الاكبر قد يوضع لما اليه النفس أميل وهو لها أغلب من الجنائيات وإن كانت الجنائية متقاربة اذ كان المقصود من ذلك التزام الناس الشرائع وإن يكونوا أخيارا عدولا كما قال تعالى كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم لعلكم تتقون قال هذه الكفارة المغلظة خاصة بالجماع وهذا اذا كان ممن يرى القياس وأما من لا يرى القياس فأمره بين انه ليس يمدى حكم الجماع الى الاكل والشرب وأما ما روى مالك في الموطأ ان رجلا أفطر في رمضان فأمره النبي عليه الصلاة والسلام بالكفارة المذكورة فليس بحجة لان قول الراوي فافطر هو مجمل والمجمل ليس له صوم فيؤخذ به لكن هذا قول على أن الراوي كان يرى أن الكفارة كانت لموضع الافطار ولولا ذلك لما عبر بهذا اللفظ ولذكر النوع من الفطر الذي أفطر به (وأما المسئلة الثانية) وهو اذا جامع تاسيا لصومه فان الشافعي وأبا حنيفة يقولان لا قضاء عليه ولا كفارة وقال مالك عليه القضاء دون الكفارة وقال أحمد وأهل الظاهر عليه القضاء والكفارة وسبب اختلافهم في قضاء الناسي معارضة ظاهر الاثر في ذلك للقياس أما القياس فهو تشبيهه بناسي الصوم بناسي الصلاة فمن شبهه بناسي الصلاة أوجب عليه القضاء كوجوبه بالنص على ناسي الصلاة وأما الاثر المعارض بظاهره لهذا القياس فهو ما أخرجه البخاري ومسلم عن أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من نسي وهو صائم فأكل أو شرب فليتم صومه فانما أطعمه الله وسقاه وهذا الاثر يشبهه عموم قوله عليه الصلاة

والسلام رفع عن أمي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه ومن هذا الباب اختلافهم فيمن ظن أن الشمس قد غربت ففطر ثم ظهرت الشمس بعد ذلك هل عليه قضاء أم لا وذلك أن هذا مخطئ والمخطئ والناسي حكمهما واحد فكيفما قلنا فتأثير النسيان في إسقاط القضاء بين والله أعلم وذلك أنا أن قلنا أن الأصل هو أن لا يلزم الناسي قضاء حتى يدل الدليل على الزامه وجب أن يكون النسيان لا يوجب القضاء في الصوم إذا دل دليل ههنا على ذلك بخلاف الأمر في الصلاة وأن قلنا أن الأصل هو إيجاب القضاء حتى يدل الدليل على رفعه عن الناسي فقد دل الدليل في حديث أبي هريرة على رفعه عن الناسي اللهم الآن يقول قائل أن الدليل الذي استثنى ناسي الصوم من ناسي سائر العبادات التي رفع عن ناسيها الخرج بالنص هو قياس الصوم على الصلاة لكن إيجاب القضاء بالقياس فيه ضعف وإنما القضاء عند الأكثر واجب بأمر متجدد وأما من أوجب القضاء والكفارة على المجمع ناسيا فضعيف فإن تأثير النسيان في إسقاط العقوبات بين في الشرع والكفارة من أنواع العقوبات وإنما أصارهم إلى ذلك أخفهم بمجمل الضفة المنقولة في الحديث أعني من أنه لم يذكرك فيه أنه فعل ذلك عمدا ولا نسيانا لكن من أوجب الكفارة على قاتل الصيد نسيانا لم يحفظ أصله في هذا مع أن النص انما جاء في المتعمد وقد كان يجب على أهل الظاهر أن يأخذوا بالمتفق عليه وهو إيجاب الكفارة على العائد إلى أن يدل الدليل على إيجابها على الناسي أو يأخذوا بعوموم قوله عليه الصلاة والسلام رفع عن أمي الخطأ والنسيان حتى يدل الدليل على التخصيص ولكن كلا الفريقين لم يلزم أصله وليس في مجمل ما نقل من حديث الأعرابي حجة ومن قال من أهل الأصول أن ترك التفصيل في اختلاف الأحوال من الشارع بمنزلة العموم في الأقوال فضعيف فإن الشارع لم يحكم قط الأعلى مفصل وإنما الاجمال في حقنا (وأما المسئلة الثالثة) وهو اختلافهم في وجوب الكفارة على المرأة إذا طأوعته على الجماع فإن أبا حنيفة وأصحابه ومالك وأصحابه أوجبوا عليها الكفارة وقال الشافعي وداود لا كفارة عليها وسبب اختلافهم معارضة ظاهر الأثر للقياس وذلك أنه عليه الصلاة والسلام لم يأمر المرأة في الحديث بكفارة والقياس انها مثل الرجل إذ كان كلاهما مكلفا (وأما المسئلة الرابعة) وهي هل هذه الكفارة مرتبة ككفارة الظهار أو على التخخير وأعني بالترتيب أن لا يتنقل المكلف إلى واحد من الواجبات المخيرة إلا بعد الجزع عن الذي قبله وبالتخيير أن يفعل منها ما شاء ابتداء من غير محجز عن الآخر فانهم أيضا اختلفوا في ذلك فقال الشافعي وأبو حنيفة والثوري وسائر الكوفيين هي مرتبة فالعق أو لا فإن لم يجد فالصيام فإن لم يستطع فالإطعام وقال مالك هي على التخخير وروى عنه ابن القاسم مع ذلك أنه يستحب الإطعام أكثر من العقق ومن الصيام وسبب اختلافهم في وجوب الترتيب تعارض ظواهر الآثار في ذلك والاقيسة وذلك أن ظاهر حديث الأعرابي المتقدم يوجب انها على الترتيب إذ سأله النبي عليه الصلاة والسلام عن الاستطاعة عليها مرتبا وظاهر ما رواه مالك من أن رجلا أفطر في رمضان فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يعتق رقبة أو يصوم شهرين متتابعين أو يطعم ستين مسكينا انها على التخخير إذ أواما يقتضي في لسان العرب التخخير وإن كان ذلك من لفظ الراوي صاحب إذ كانوا هم أقعد بمفهوم الأحوال ودلالات الأقوال وأما الأقيسة المعارضة في ذلك فتشبهها تارة بكفارة الظهار وتارة بكفارة اليمين لكنها أشبه بكفارة الظهار منها بكفارة اليمين

وأخذ الترتيب من حكاية لفظ الراوى وأما استحباب مالك الابتداء بالطعام فمخالف لظواهر الآثار
 وانما ذهب الى هذا من طريق القياس لأنه رأى الصيام فتوقع بدله الاطعام في مواضع شتى من الشرع
 وأنه مناسب له أكثر من غيره بدليل قراءة من قرأ وعلى الذين يطوفونه فدية طعام مساكين ولذلك
 استحجب هو وجاعة من العلماء عن مات وعليه صوم أن يكفر بالطعام عنه وهذا كأنه من باب ترجيح
 القياس الذى تشهد له الأصول على الأثر الذى لا تشهده الأصول (وأما المسئلة الخامسة) وهو
 اختلافهم في مقدار الاطعام فإن مالكا والشافعى وأصحابهما قالوا يطعم لكل مسكين مدا بمد النبي صلى الله
 عليه وسلم وقال أبو حنيفة وأصحابه لا يجزى أقل من مدين بمد النبي صلى الله عليه وسلم وذلك نصف صاع
 لكل مسكين وسبب اختلافهم معارضة القياس للأثر أما القياس فقتشبه هذه الفدية بفدية الأذى
 المنصوص عليها وأما الأثر فخاروى في بعض طرق حديث الكفارة أن الفرق كان فيه خمسة عشر صاعا
 لكن ليس يدل كونه فيه خمسة عشر صاعا على الواجب من ذلك لكل مسكين الدلالة ضعيفة وانما يدل
 على أن بدل الصيام في هذه الكفارة هو هذا القدر (وأما المسئلة السادسة) وهي تكرار الكفارة
 بتكرار الافطار فانهم أجمعوا على أن من وطئ في رمضان ثم كفر ثم وطئ في يوم آتراً عليه كفارة
 أخرى وأجمعوا على أنه من وطئ مرارا في يوم واحد انه ليس عليه الا كفارة واحدة واختلوا فحين
 وطئ في يوم من رمضان ولم يكفر حتى وطئ في يوم ثان فقال مالك والشافعى وجاعة عليه لكل يوم
 كفارة وقال أبو حنيفة وأصحابه عليه كفارة واحدة مالم يكفر عن الجماع الأول والسبب في اختلافهم
 تشبيه الكفارات بالحدود فمن شبه بالحدود قال كفارة واحدة تجزى في ذلك عن أفعال كثيرة كما يلزم
 الزانى جلد واحد وان زنى ألف مرة اذا لم يحدوا احد منها ومن لم يشبه بالحدود جعل لكل واحد من الأيام
 حكما منفردا بنفسه في هتك الصوم فيه أوجب في كل يوم كفارة قالوا والفرق بينهما أن الكفارة فيها نوع
 من القرية والحدود زجر محض (وأما المسئلة السابعة) وهي هل يجب عليه الاطعام اذا أيسر وكان
 معسرا في وقت الوجوب فإن الأوزاعى قال لا شئ عليه إن كان معسرا وأما الشافعى فتردد في ذلك
 والسبب في اختلافهم في ذلك انه حكم مسكوت عنه فيحقل أن يشبه بالديون فيعود الوجوب عليه
 في وقت الاتراء ويحقل أن يقال لو كان ذلك واجبا عليه لينم له عليه الصلاة والسلام فهذه أحكام من
 أظفر متعبدا في رمضان مما أجمع على أنه مفطر وأما من أظفر عما هو مختلف فيه فان بعض من أوجب
 فيه الفطر أوجب فيه القضاء والكفارة وبعضهم أوجب فيه القضاء فقط مثل من رأى الفطر من الحجة
 ومن الاستقاء ومن بلغ الحصة ومثل المسافر ففطر أول يوم يخرج عن من يرى أنه ليس له أن يفطر
 في ذلك اليوم فإن مالكا أوجب فيه القضاء والكفارة وخالفه في ذلك سائر فقهاء الأمصار وجهور أصحابه
 وأما من أوجب القضاء والكفارة من الاستقاء فأبو ثور والأوزاعى وسائر من يرى ان الاستقاء مفطر
 لا يوجبون الا القضاء فقط والذى أوجب القضاء والكفارة في الاحتجام من القائلين بأن الحجة تفطر
 هو عطاء وحده وسبب هذا الخلاف ان المفطر بشئ فيه اختلاف فيه شبه من غير المفطر ومن المفطر
 فن غلب أحد الشبهين أو جبه ذلك الحكم وهذا ان الشبهان الموجودان فيه هما اللذان أوجبا فيه
 اختلاف أعني هل هو مفطر أو غير مفطر ولكون الافطار شبهة لا يوجب الكفارة عند الجمهور وانما يوجب

القضاء فقط نزع أبو حنيفة الى أنه من أفطر متعمدا للفطر ثم طرأ عليه في ذلك اليوم سبب مبيح للفطر
انه لا كفارة عليه كالمرأة تفطر عمدا ثم تحيض باقي النهار وكالمصحيح يفطر عمدا ثم يمرض والحاضر
يفطر ثم يسافر فمن اعتبر الأمر في نفسه أعنى انه مفطر في يوم جازله الافطار فيه لم يوجب عليهم كفارة
وذلك ان كل واحد من هؤلاء قد كشف له الغيب انه أفطر في يوم جازله الافطار فيه ومن اعتبر الاستهانة
بالشرع أوجب عليه الكفارة لأنه حين أفطر لم يكن عنده علم بالاباحة وهو منهب مالك والشافعي ومن
هذا الباب ايجاب مالك القضاء فقط على من أكل وهو شاك في الفجر وإيجابه القضاء والكفارة على من
أكل وهو شاك في الغروب على ما تقدم من الفرق بينهما واتفق الجمهور على انه ليس في الفطر عمدا
في قضاء رمضان كفارة لأنه ليس له حزمة زمان الأداء أعنى رمضان الاقادة فانه أوجب عليه القضاء
والكفارة وروى عن ابن القاسم وابن وهب أن عليه يومين قياسا على الحج الفاسد وأجوعا على أن من
سنن الصوم تأخير السحور وتجهيل الفطر لقوله عليه الصلاة والسلام لا يزال الناس بخير ما عجلوا الفطر
وأخروا السحور وقال تسحروا فان في السحور بركة وقال عليه الصلاة والسلام فصل ما بين صيامنا
وصيام أهل الكتاب أكلة السحر وكذلك جمهورهم على أن من سنن الصوم ومرغباته كف اللسان عن
الرفث واخفا لقوله عليه الصلاة والسلام انما الصوم جنة فاذا أصبح أحدكم صائما فلا يرفث ولا يجهل
فان امرؤ شامه فليقل انى صائم وذهب أهل الظاهر الى أن الرفث يفطر وهو شاذ فهذه مشهورات ما يتعلق
بالصوم المفروض من المسائل وبقى القول في الصوم المندوب اليه وهو القسم الثاني من هذا الكتاب

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الصيام الثاني وهو المندوب اليه

والنظر في الصيام المندوب اليه هو في تلك الاركان الثلاثة وفي حكم الافطار فيه فأما الأيام التي يقع فيها الصوم
المندوب اليه وهو الركن الاول فانها على ثلاثة أقسام أيام مرغب فيها وأيام منهي عنها وأيام مسكوت
عنها ومن هذه ماهو مختلف فيه ومنها ماهو متفق عليه أما المرغب فيه المتفق عليه فصيام يوم عاشوراء
وأما المختلف فيه فصيام يوم عرفة وست من شوال والغرر من كل شهر وهي الثالث عشر والرابع عشر
والخامس عشر أما صيام يوم عاشوراء فلانه ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صامه وأمر بصيامه
وقال فيه من كان أصح صائما فليتم صومه ومن كان أصح مفطرا فليتم بقية يومه واختلفوا فيه
هل هو التاسع أو العاشر والسبب في ذلك اختلاف الآثار خرج مسلم عن ابن عباس قال اذا رأيت هلال
الحرم فاعدوا أصبح يوم التاسع صائما قلت هكذا كان محمد صلى الله عليه وسلم يصومه قال نعم وروى أنه
حين صام رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم عاشوراء وأمر بصيامه قالوا يا رسول الله انه يوم يعظمه اليهود
والنصارى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فاذا كان العام المقبل ان شاء الله صمنا اليوم التاسع قال فلم
يأت العام المقبل حتى توفي رسول الله صلى الله عليه وسلم وأما المختلف فيه في يوم عرفة فلان النبي عليه
الصلاة والسلام أفطر يوم عرفة وقال فيه صيام يوم عرفة يكفر السنة الماضية والآتية ولذلك اختلف
الناس في ذلك واختار الشافعي الفطر فيه للحاج وصيامه لغير الحاج جمع بين الأثرين وخرج أبو داود أن
رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن صيام يوم عرفة بعرفة وأما السبت من شوال فانه ثبت أن رسول الله

صلى الله عليه وسلم قال من صام رمضان ثم أتبعه ستا من شوال كان كصيام الدهر الآن ما لك أكره
 ذلك أما تخافه أن يلحق الناس رمضان ما ليس من رمضان وإلا لأنه لعله لم يبلغه الحديث أول يصح
 عنده وهو الأظهر وكذلك كره مالك تحري صيام الغرمع ما جاء فيها من الأثر مخافة أن يظن الجهال بها
 أنها واجبة وثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يصوم من كل شهر ثلاثة أيام غير معينة وأنه قال
 لعبد الله بن عمرو بن العاص لما أكره الصيام أما يكفيك من كل شهر ثلاثة أيام قال فقلت يا رسول الله
 اني أطيق أكثر من ذلك قال حسا قلت يا رسول الله اني أطيق أكثر من ذلك قال سبعا قلت يا رسول الله
 اني أطيق أكثر من ذلك قال تسعا قلت يا رسول الله اني أطيق أكثر من ذلك قال أحد عشر قلت
 يا رسول الله اني أطيق أكثر من ذلك فقال عليه الصلاة والسلام لا صوم فوق صيام داود شطر الدهر
 صيام يوم وافر يوم وخرج أبو داود أنه كان يصوم يوم الاثنين ويوم الخميس وثبت أنه لم يستم قط شهرا
 بالصيام غير رمضان وإن أكره صيامه كان في شعبان وأما الأيام المنهي عنها فنهاياضا متفق عليها ومنها
 تختلف فيها أما المتفق عليها فيوم الفطر ويوم الأضحى لثبوت النهي عن صيامهما وأما المختلف فيها
 فأما التشريق ويوم الشك ويوم الجمعة ويوم السبت والنصف الآخر من شعبان وصيام الدهر أما أيام
 التشريق فإن أهل الظاهر لم يجزوا الصوم فيها وقوم أجازوا ذلك فيها وقوم كرهوه وبه قال مالك
 إلا أنه أجاز صيامها لمن وجب عليه الصوم في الحج وهو المقتنع وهذه الأيام هي الثلاثة الأيام التي بعد يوم
 النحر والسبب في اختلافهم تردد قوله عليه الصلاة والسلام في أنها أيام أكل وشرب بين أن يحمل على
 الوجوب أو على الندب فمن حمله على الوجوب قال الصوم يحرم ومن حمله على الندب قال الصوم مكروه
 ويشبه أن يكون من حمله على الندب انما صار إلى ذلك وغلبه على الأصل الذي هو حله على الوجوب لأنه
 رأى أنه ان حله على الوجوب عارضه حديث أبي سعيد الخدري الثابت بدليل الخطاب وهو أنه قال سمعت
 رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا يصح الصيام في يومين يوم الفطر من رمضان ويوم النحر فدل
 الخطاب يقتضي أن ما عدا هذين اليومين يصح الصيام فيه والا كان تخصيصهما عبثا لا فائدة فيه
 وأما يوم الجمعة فإن قوما لم يكرهوا صيامه ومن هؤلاء مالك وأصحابه وجاعة وقوم كرهوا صيامه
 الآن يصام قبله أو بعده والسبب في اختلافهم اختلاف الآثار في ذلك فنها حديث ابن مسعود أن النبي
 صلى الله عليه وسلم كان يصوم ثلاثة أيام من كل شهر قال وما رأيت يفتقر يوم الجمعة وهو حديث صحيح
 ومنها حديث جابر ابن سائل ما سأله جابرا أسمع رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى أن يفرد يوم الجمعة
 بصوم قال نعم ورب هذا البيت خرجه مسلم ومنها حديث أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
 لا يصوم أحدكم يوم الجمعة إلا أن يصوم قبله أو يصوم بعده خرجه أيضا مسلم فمن أخذ بظاهر حديث ابن
 مسعود أجاز صيام يوم الجمعة مطلقا ومن أخذ بظاهر حديث جابر كرهه مطلقا ومن أخذ بحديث أبي
 هريرة جمع بين الحديثين أعنى حديث جابر وحديث ابن مسعود وأما يوم الشك فإن جمهور العلماء على
 النهي عن صيام يوم الشك على أنه من رمضان لظواهر الأحاديث التي يوجب مفهومها تعلق الصوم
 بالرؤية أو بإكمال العدد إلا ما حكى عنه ابن عمر واختلفوا في تحري صيامه تطوعا فمنهم من كرهه على
 ظاهر حديث عثمان من صام يوم الشك فقد عصى أبا القاسم ومن أجازوه فلا نهى عنه قسروا أنه عليه السلام صام

شعبان كله ولما قدرى من أنه عليه السلام قال لا تتقدموا رمضان يوماً ولا يومين الآن يوافق ذلك صوماً كان يصومه أحكم فليصمه وكان الليث بن سعد يقول إنه إن صامه على أنه من رمضان ثم جاء الثبت أنه من رمضان أجزأه وهذا دليل على أن النية تقع بعد الفجر في التحول من نية التطوع إلى نية الفرض وأما يوم السبت فالسبب في اختلافهم فيه اختلافهم في تصحيح ما روى من أنه عليه السلام قال لا تصوموا يوم السبت إلا فيما افترض عليكم خرج أبو داود قالوا والحديث منسوخ نسخته حديث جويرية بنت الحارث أن النبي عليه السلام دخل عليها يوم الجمعة وهي صائمة فقال صمت أمس فقالت لا فقال تريدن أن تصومي غداً قالت لا قال فافطري وأما صيام الدهر فإنه قد ثبت النهي عن ذلك لكن مالك لم يرب ذلك بأساً وعسى رأى النهي في ذلك إنما هو من باب خوف الضعف والمرض وأما صيام النصف الآخر من شعبان فإن قوماً كرهوه وقوماً أجازوه فمن كرهوه فلما روى من أنه عليه السلام قال لا صوم بعد النصف من شعبان حتى رمضان ومن أجازوه فلما روى عن أم سلمة قالت ما رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم صام شهرين متتابعين إلا شعبان ورمضان ولما روى عن ابن عمر قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقرن شعبان بـرمضان وهذه الآثار خرجها الطحاوى * وأما الركن الثانى وهو النية فلا علم أن أحداً لم يشترط النية في صوم التطوع وإنما اختلفوا في وقت النية على ما تقدم وأما الركن الثالث وهو الامساك عن المفطرات فهو بعينه الامساك الواجب في الصوم المفروض والاختلاف الذى هناك لاحق ههنا وأما حكم الإفطار في التطوع فانهم أجمعوا على أنه ليس على من دخل في صيام تطوع فقطعه لعذر قضاء واختلفوا إذا قطعه لغير عذر عامداً فأوجب مالك وأبو حنيفة عليه القضاء وقال الشافعى وجعاعة ليس عليه قضاء والسبب في اختلافهم اختلاف الآثار في ذلك وذلك أن مالكاً روى أن حفصة وعائشة زوجى النبي عليه الصلاة والسلام أصبحا صائمتين متطوعتين فاهدى لهما طعام فأفطرنا عليه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أقصيا يوماً مكانه وعارض هذا حديث أم هانئ قالت لما كان يوم الفتح فتح مكة جاءت فاطمة فجلست عن يسار رسول الله صلى الله عليه وسلم وأم هانئ عن يمينه قالت جاءت الوليدة باناء فيه شراب فنولته فشرب منه ثم ناوله أم هانئ فشرب منه قالت يا رسول الله لقد أفطرت وكنت صائمة فقال لها عليه السلام كنت تقضين شيئاً قالت لا قال فلا يضررك إن كان تطوعاً واحتج الشافعى في هذا المعنى بحديث عائشة أنها قالت دخل على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت أنا خباتك خبأ فقال أما إني كنت أريد الصيام ولكن قريه وحديث عائشة وحفصة غير مسند واختلافهم أيضاً في هذه المسألة سبب آخر وهو تردد الصوم التطوع بين قياسه على صلاة التطوع أو على صوم التطوع وذلك أنهم أجمعوا على أن من دخل في الحج والعمرة متطوعاً يخرج منهما أن عليه القضاء وأجمعوا على أن من خرج من صلاة التطوع فليس عليه قضاء فيما علمت وزعم من قاس الصوم على الصلاة أنه أشبه بالصلاة منه بالحج لأن الحج له حكم خاص في هذا المعنى وهو أنه يلزم المفسد له المسير فيه إلى آخره وإذا أفطر في التطوع ناسياً فالجهر على أن لا قضاء عليه وقال ابن علية عليه القضاء قياساً على الحج ولعل مالكاً خلل حديث أم هانئ على النسيان وحديث أم هانئ خرج أبو داود وكذلك خرج حديث عائشة بقرين من اللفظ الذى ذكرناه وخرج حديث عائشة وحفصة بعينه

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾
 ﴿ كتاب الاعتكاف ﴾

والاعتكاف مندوب اليه بالشرع واجب بالنذر ولا خلاف في ذلك الاماروى عن مالك أنه كره الدخول فيه مخافة أن لا يوفى شرطه وهو في رمضان أكثر منه في غيره وبخاصة في العشر الأوائل منه إذ كان ذلك هو آخر اعتكافه صلى الله عليه وسلم وهو بالجملة يشغل على عمل مخصوص في موضع مخصوص وفي زمان مخصوص بشروط مخصوصة وتروك مخصوصة فأما العمل الذي يخصه ففيه قولان قيل أنه الصلاة وذكر الله وقراءة القرآن لا غير ذلك من أعمال البر والقرب وهو مذهب ابن القاسم وقيل جميع أعمال القرب والبر المختصة بالآخرة وهو مذهب ابن وهب فعلى هذا المذهب يشهد الجنائز ويعود المرضى ويدرس العلم وعلى المذهب الاول لا وهذا هو مذهب الثوري والاول هو مذهب الشافعي وأبي حنيفة وسبب اختلافهم أن ذلك شيء مسكوت عنه أعنى أنه ليس فيه حد مشروع بالقول فمن فهم من الاعتكاف حبس النفس على الأفعال المختصة بالمساجد قال لا يجوز للعتكف الا الصلاة والقراءة ومن فهم منه حبس النفس على القرب الاخرية كلها أجاز له غير ذلك مما ذكرناه وروى عن علي رضي الله عنه أنه قال من اعتكف لا يرفث ولا يساب وليشهد الجمعة والجنائز ويوصى أهله إذا كانت له حاجة وهو قائم ولا يجلس ذكره عبد الرزاق وروى عن عائشة خلاف هذا وهو أن السنة للعتكف أن لا يشهد جنازة ولا يعود مريضاً وهذا أيضاً حادماً واجب الاختلاف في هذا المعنى وأما المواضع التي فيها يكون الاعتكاف فانهم اختلفوا فيها فقال قوم لا اعتكاف الا في المساجد الثلاثة بيت الله الحرام وبيت المقدس ومسجد النبي عليه السلام وبه قال حذيفة وسعيد بن المسيب وقال آخرون الاعتكاف عام في كل مسجد وبه قال الشافعي وأبو حنيفة والثوري وهو مشهور مذهب مالك وقال آخرون لا اعتكاف الا في مسجد فيه جمعة وهي رواية ابن عبد الحكم عن مالك وأجمع الكل على أن من شرط الاعتكاف المسجد الاماذهب اليه ابن لبابة من أنه يصح في غير مسجد وإن مباشرة النساء انما حرمت على المعتكف اذا اعتكف في المسجد والاماذهب اليه أبو حنيفة من أن المرأة انما تعتكف في مسجد بينها وسبب اختلافهم في اشتراط المسجد وترك اشتراطه هو الاحتمال الذي في قوله تعالى ولا تبشروهن وأتم عاكفون في المساجد بين أن يكون له دليل خطاب أم لا يكون فمن قال له دليل خطاب قال لا اعتكاف الا في مسجد وإن من شرط الاعتكاف ترك المباشرة ومن قال ليس له دليل خطاب قال المفهوم منه أن الاعتكاف جائز في غير المسجد وأنه لا يمنع المباشرة لأن قائلاً لوقال لا تخط فلان شيئاً اذا كان داخل في الدار لكان مفهوم دليل الخطاب يوجب أن يعطيه اذا كان خارج الدار ولكن هو قول شاذ والجمهور على أن العكوف انما أضيف الى المساجد لأنها من شرطه وأما سبب اختلافهم في تخصيص بعض المساجد أو تعميمها فمعارضة العموم للقياس المنخص له فمن رجع للعموم قال في كل مسجد على ظاهر الآية ومن اقتضح له تخصيص بعض المساجد من ذلك العموم بقياس اشتراط أن يكون مسجد افي جمعة ثلاثين قطع عمل المعتكف بالخروج الى الجمعة أو مسجداً تشد اليه المطى مثل مسجد النبي صلى الله عليه وسلم الذي وقع فيه اعتكافه ولم يقس سائر المساجد عليه إذ كانت غير مساوية له في الحرمة وأما سبب اختلافهم في اعتكاف المرأة فمعارضة القياس

أيضاً لا أثر وذلك أنه ثبت أن حفصة وعائشة وزينب أزواج النبي صلى الله عليه وسلم استأذن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الاعتكاف في المسجد فأذن لهم حين ضربن أخيهن فيه فكان هذا الأثر دليلاً على جواز اعتكاف المرأة في المسجد . وأما القياس المعارض لهذا فهو قياس الاعتكاف على الصلاة وذلك أنه لما كانت صلاة المرأة في بيتها أفضل منها في المسجد على ما جاء الخبر وجب أن يكون الاعتكاف في بيتها أفضل قالوا وانما يجوز للمرأة أن تعتكف في المسجد مع زوجها فقط على نحو ما جاء في الأثر من اعتكاف أزواجه عليه الصلاة والسلام معه كإتسافهم ولا تسافر مفردة وكأنه نحو من الجمع بين القياس والأثر . وأما زمان الاعتكاف فليس لأكثره عندهم حواجب وإن كان كلهم يختار العشر الأواخر من رمضان بل يجوز البهركة امامطلقا عند من لا يرى الصوم من شروطه . وأما ماعد الأيام التي لا يجوز صومها عند من يرى الصوم من شروطه . وأما أقله فانهم اختلفوا فيه وكذلك اختلفوا في الوقت الذي يدخل فيه المعتكف لاعتكافه وفي الوقت الذي يخرج فيه منه . أما أقل زمان الاعتكاف فعند الشافعي وأبي حنيفة وأكثرا الفقهاء أنه لأحده واختلف عن مالك في ذلك فقليل ثلاثة أيام وقيل يوم وليلة وقال ابن القاسم عنه أقله عشرة أيام وعند البغداديين من أمحبه أن العشرة استحباب وإن أقله يوم وليلة . والسبب في اختلافهم معارضة القياس للأثر . أما القياس فانه من اعتقد أن من شرطه الصوم قال لا يجوز اعتكاف ليلة وإذا لم يجوز اعتكاف ليلة فلا أقل من يوم وليلة إذا انعقاد صوم النهار انما يكون بالليل . وأما الأثر المعارض فما خرج به البخاري من أن عمر رضي الله عنه نذر أن يعتكف ليلة فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يفي بنذره ولا معنى للنظر مع الثابت من هذا الأثر . وأما اختلافهم في الوقت الذي يدخل فيه المعتكف إلى اعتكافه إذا نذر أياما معدودة أو يوما واحدا فإن مالكا والشافعي وأبا حنيفة اتفقوا على أنه من نذر اعتكاف شهر أنه يدخل المسجد قبل غروب الشمس وأما من نذر أن يعتكف يوما فإن الشافعي قال من أراد أن يعتكف يوما واحدا دخل قبل طلوع الفجر وخرج بعد غروبها . وأما مالك فقول في اليوم والشهر واحد بعينه وقال زفر والليث يدخل قبل طلوع الفجر واليوم والشهر عندهما سواء . وقرأ أبو ثور بين نذر الليالي والأيام فقال إذا نذر أن يعتكف عشرة أيام دخل قبل طلوع الفجر وإذا نذر عشر ليال دخل قبل غروبها . وقال الأوزاعي يدخل في اعتكافه بعد صلاة الصبح . والسبب في اختلافهم معارضة الأقيسة بعضها بعضا ومعارضة الأثر لجميعها وذلك أنه من رأى أن أول الشهر ليلة واعتبر الليالي قال يدخل قبل مغيب الشمس ومن لم يعتبر الليالي قال يدخل قبل الفجر ومن رأى أن اسم اليوم يقع على الليل والنهار معا وجب أن نذريوما أن يدخل قبل غروب الشمس ومن رأى أنه انما يطلق على النهار وجب الدخول قبل طلوع الفجر ومن رأى أن اسم اليوم خاص بالنهار واسم الليل بالليل فرق بين أن ينذر أياما وليالي . والحق أن اسم اليوم في كلام العرب قد يقال على النهار مفردا وقد يقال على الليل والنهار معالكن يشبه أن يكون دلالة الأولى انما هي على النهار ودلالة على الليل بطريق اللزوم . وأما الأثر المخالف لهذه الأقيسة كلها فهو ما أخرجه البخاري وغيره من أهل الصحيح عن عائشة قالت كانت رسول الله صلى الله عليه وسلم يعتكف في رمضان وإذا صلى الغداة دخل مكانه الذي كان يعتكف فيه وأما وقت خروجه فإن مالكا رأى أن يخرج المعتكف العشر الأواخر من رمضان من المسجد إلى صلاة العيد على جهة الاستحباب وأنه إن خرج

بعد غروب الشمس أجزاءه وقال الشافعي وأبو حنيفة بل يخرج بعد غروب الشمس وقال سحنون وابن الماجشون ان رجعا الى بيته قبل صلاة العيد فسد اعتكافه وسبب الاختلاف هل الليلة الباقية هي من حكم العشر أم لا وأما شرطه فثلاث النية والصيام وترك مباشرة النساء أما النية فلا أعلم فيها اختلافاً وأما الصيام فانهم اختلفوا فيه فذهب مالك وأبو حنيفة وجماعة الى أنه لا يعتكف الا بالصوم وقال الشافعي الاعتكاف جائز بغير صوم وبقول مالك قال من الصحابة ابن عمر وابن عباس على خلاف عنه في ذلك وبقول الشافعي قال علي وابن مسعود والسبب في اختلافهم أن اعتكاف رسول الله صلى الله عليه وسلم انما وقع في رمضان فن رأى ان الصوم المقترب باعتكافه هو شرط في الاعتكاف وان لم يكن الصوم للاعتكاف نفسه قال لا بد من الصوم مع الاعتكاف ومن رأى أنه انما اتفق ذلك اتفاقاً لا على ان ذلك كان مقصوداً له عليه الصلاة والسلام في الاعتكاف قال ليس الصوم من شرطه ولذلك أيضاً سبب آخر وهو اقترانه مع الصوم في آية واحدة وقد احتج الشافعي بحديث عمر المتقدم وهو أنه أمره عليه الصلاة والسلام أن يعتكف ليلة وليلة ليس بمحل للصيام واحتج مالك بعماد بن عبد الرحمن بن اسحق عن عروة عن عائشة أنها قالت السنة للمعتكف أن لا يعود مريضاً ولا يشهد جنازة ولا يمس امرأة ولا يبأثرها ولا يخرج الى ما لا بد منه ولا اعتكاف الا بصوم ولا اعتكاف الا في مسجد جامع قال أبو عمر ابن عبد البر لم يقل احد في حديث عائشة هذا السنة الا عبد الرحمن بن اسحق ولا يصح هذا الكلام عندهم الا من قول الزهري وان كان الأمر هكذا بطل أن يجري مجرى المسند وأما الشرط الثالث وهي المباشرة فانهم أجمعوا على أن المعتكف اذا جامع عامداً بطل اعتكافه الا ما روى عن ابن لبابة في غير المسجد واختلفوا فيه اذا جامع ناسياً واختلفوا أيضاً في فساد الاعتكاف بما دون الجامع من القبلة واليس فرأى مالك ان جميع ذلك يفسد الاعتكاف وقال أبو حنيفة ليس في المباشرة فساد الا أن ينزل وللشافعي قولان أحدهما مثل قول مالك والثاني مثل قول أبي حنيفة وسبب اختلافهم هل الاسم المتردد بين الحقيقة والمجاز عموم أم لا وهو أحد أنواع الاسم المشترك فن ذهب الى أن له عموماً قال ان المباشرة في قوله تعالى ولا تبأثروهن وأتم عاكفون في المساجد ينطلق على الجامع وعلى مادونه ومن لم ير له عموماً وهو الأشهر الأكثر قال يدل اعملى الجامع واماعلى مادون الجامع فاذا قلنا انه يدل على الجامع باجماع بطل أن يدل على غير الجامع لأن الاسم الواحد لا يدل على الحقيقة والمجاز معا ومن أجرى الاثرال بمنزلة الواقع فلانه في معناه ومن خالف فلانه لا ينطلق عليه الاسم حقيقة واختلفوا فيما يجب على الجامع فقال الجمهور لا شيء عليه وقال قوم عليه كفارة فبعضهم قال كفارة الجامع في رمضان وبه قال الحسن وقال قوم يتصدق بدينارين وبه قال مجاهد وقال قوم يعتق رقبة فان لم يجداً هدى بدنة فان لم يجد تصدق بعشرين صاعاً من تمر وأصل الخلاف هل يجوز القياس في الكفارة أم لا ولا يظهر انه لا يجوز واختلفوا في مطلق النذر بالاعتكاف هل من شرطه التتابع أم لا فقال مالك وأبو حنيفة ذلك من شرطه وقال الشافعي ليس من شرطه ذلك والسبب في اختلافهم قياسه على نذر الصوم المطلق وأما موانع الاعتكاف فاتفقوا على انها ماعدا الأفعال التي هي أعمال المعتكف وأنه لا يجوز للمعتكف الخروج من المسجد الا الحاجة الى الانسان أو ما هو في معناها مما يدعو اليه الضرورة لما ثبت من حديث عائشة أنها قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا اعتكف

يدنى الى رأسه وهو في المسجد فأرجله وكان لا يدخل البيت الا الحاجة الانسان واختلفوا اذا خرج
لغير حاجة متى ينقطع اعتكافه فقال الشافعي ينتقض اعتكافه عند أول خروجه وبعضهم رخص في الساعة
وبعضهم في اليوم واختلفوا اهل له أن يدخل يتأخير بيت مسجده فرخص فيه بعضهم وهم الأكثر مالكا
والشافعي وأبو حنيفة ورأى بعضهم أن ذلك يبطل اعتكافه وأجاز مالك له البيع والشراء وإن يلى عقد
النكاح وخالفه غيره في ذلك وسبب اختلافهم أنه ليس في ذلك حدم منصوص عليه الا الاجتهاد وتشبيهه
بما لم يتفقوا عليه بما اتفقوا عليه واختلفوا أيضا هل للعتكف أن يشترط فعل شيء مما يمنعه الاعتكاف
فينقذه شرطه في الاباحة أم ليس بنقذه ذلك مثل أن يشترط شهود جنازة أو غير ذلك فأكثر الفقهاء
على أن شرطه لا ينقذه وأنه ان فصل بطل اعتكافه وقال الشافعي ينقذه شرطه والسبب في اختلافهم
تشبيههم الاعتكاف بالحج في أن كليهما عبادة مانعة لكثير من المباحات والاشتراط في الحج انما صار
اليه من رآه حديث ضباعة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لها اهل بالحج واشترطى أن تحلى حيث
حبستى لكن هذا الأصل مختلف فيه في الحج فالقياس عليه ضعيف عند الخصم المخالف له واختلفوا
إذا اشترط التابع في النذر أو كان التابع لازما فطلق النذر عند من يرى ذلك ما هي الأشياء التي إذا
قطعت الاعتكاف أوجب الاستئناف والبناء مثل المرض فإن منهم من قال إذا قطع المرض الاعتكاف
بني المعتكف وهو قول مالك وأبي حنيفة والشافعي ومنهم من قال يستأنف الاعتكاف وهو قول
الثوري ولا خلاف فيما أحسب عندهم أن الخائف يبنى واختلفوا هل يخرج من المسجد أم ليس يخرج
وكذلك اختلفوا إذا جازن المعتكف أو أغشى عليه هل يبنى أو ليس يبنى بل يستقبل والسبب في اختلافهم
في هذا الباب أنه ليس في هذه الأشياء شيء محذور من قبل السمع فيقع التنازع من قبل تشبيههم ما اتفقوا
عليه بما اختلفوا فيه أعني بما اتفقوا عليه في هذه العبادة أو في العبادات التي من شرطها التابع مثل صوم
الظهار وغيره والجمهور على أن اعتكاف المتطوع إذا قطع لغير عذر أنه يجب فيه القضاء لما ثبت أن رسول
الله صلى الله عليه وسلم أراد أن يعتكف العشر الأواخر من رمضان فلم يعتكف فاعتكف عشرين
شوال وأما الواجب بالنذر فلا خلاف في فضله فيما أحسب والجمهور على أن من أتى كبيرة انقطع اعتكافه
فهذه جملة ما رأينا أن تثبت في أصول هذا الباب وقواعده والله الموفق والمعين وصلى الله على سيدنا محمد
وآله وسلم تسليما

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم صلى الله على محمد وآله وسلم تسليما ﴾

﴿ كتاب الحج ﴾

والنظر في هذا الكتاب في ثلاثة أجناس الجنس الاول يشغل على الاشياء التي تجرى من هذه العبادة
تجري القدمات التي تجب معرفتها لعمل هذه العبادة الجنس الثاني في الاشياء التي تجرى منها مجرى
الازكان وهي الامور المعمولة أنفسها والاشياء المتركبة الجنس الثالث في الاشياء التي تجرى منها مجرى
الامور اللاحقة وهي أحكام الافعال وذلك ان كل عبادة فانها توجد مشقة على هذه الثلاثة الاجناس
﴿ الجنس الاول ﴾ وهذا الجنس يشغل على شيئين على معرفة الوجوب وشروطه وعلى من يجب ومتى
يجب فاما وجوبه فلا خلاف فيه لقوله سبحانه (والله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا)

وأما شروط الوجوب فإن الشروط قسمان شروط صحة وشروط وجوب فاما شروط الصحة فلا خلاف بينهم ان من شروط الاسلام اذ لا يصح حج من ليس بمسلم واختلفوا في صحة وقوعه من الصبي فذهب مالك والشافعي الى جواز ذلك ومنع منه أبو حنيفة وسبب الخلاف معارضة الأثر في ذلك للأصول وذلك ان من أجاز ذلك أخذ فيه بحديث ابن عباس المشهور خرجه البخاري ومسلم وفيه ان امرأة رفعت اليه عليه الصلاة والسلام صبيًا فقالت ألهذا حج يارسول الله قال نعم ولك أجر ومن منع ذلك تمسك بان الأصل هو أن العبادة لا تصح من غير عاقل وكذلك اختلف أصحاب مالك في صحة وقوعها من الطفل الرضيع وينبغي أن لا يختلف في صحة وقوعه ممن يصح وقوع الصلاة منه وهو كما قال عليه الصلاة والسلام من السبع الى العشر وأما شروط الوجوب فيشترط فيها الاسلام على القول بان الكفار مخاطبون بشرايع الاسلام ولا خلاف في اشتراط الاستطاعة في ذلك لقوله تعالى (من استطاع اليه سبيلا) وان كان في تفصيل ذلك اختلاف وهي بالجملة تصور على نوعين مباشرة ونيابة فاما المباشرة فلا خلاف عندهم ان من شرطها الاستطاعة بالبدن والمال مع الامن واختلفوا في تفصيل الاستطاعة بالبدن والمال فقال الشافعي وأبو حنيفة وأحمد وهو قول ابن عباس وعمر بن الخطاب ان من شرط ذلك الزاد والراحلة وقال مالك من استطاع المشي فليس وجود الراحلة من شرط الوجوب في حقه بل يجب عليه الحج وكذلك ليس الزاد عنده من شرط الاستطاعة اذا كان ممن يمكنه الاكتساب في طريقه ولو بالسؤال والسبب في هذا الخلاف معارضة الآثار الواردة في تفسير الاستطاعة لعموم لفظها وذلك انه ورد أثر عنه عليه الصلاة والسلام أنه سئل ما الاستطاعة فقال الزاد والراحلة فحمل أبو حنيفة والشافعي ذلك على كل مكلف وحمله مالك على من لا يستطيع المشي ولله قوة على الاكتساب في طريقه وانما اعتقد الشافعي هذا الرأي لان من مذهبه اذا ورد الكتاب بمجمل فوردت السنة بتفسير ذلك الجممل انه ليس ينبغي العدول عن ذلك التفسير وأما وجوبه باستطاعة النيابة مع العجز عن المباشرة فعند مالك وأي حنيفة انه لا تنزم النيابة اذا استطاعت مع العجز عن المباشرة وعند الشافعي انها تنظم فيلزم على مذهبه الذي عنده مال بقدر أن يحج به عنه غيره اذا لم يقدر هو ببذنه ان يحج عنه غيره بماله وان وجد من يحج عنه بماله وبذنه من أخ أو قريب سقط ذلك عنه وهي المسئلة التي يعرفونها بالعضوب وهو الذي لا يثبت على الراحلة وكذلك عنده الذي يأتيه الموت ولم يحج يلزم ورثته عنده ان يخرجوا من ماله بما يحج به عنه وسبب الخلاف في هذا معارضة القياس للآثر وذلك ان القياس يقتضي ان العبادات لا ينوب فيها أحد عن أحد فانه لا يصلي أحد عن أحد باتفاق ولا يزكي أحد عن أحد وأما الآثار المعارض لهذا الحديث ابن عباس المشهور خرجه الشيخان وفيه ان امرأة من خثعم قالت لرسول الله صلى الله عليه وسلم يارسول الله فريضة الله في الحج على عباده أدركت أبي شيخا كبيرا لا يستطيع أن يثبت على الراحلة أفأحج عنه قال نعم وذلك في حجة الوداع فهذا في الحى وأما في الميت فحديث ابن عباس أيضا خرجه البخاري قال جاءت امرأة من جهينة الى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يارسول الله ان أُمِّي نذرت الحج فأت أأحج عنها قال يحج عنها أرأيت لو كان عليها دين أ كنت قاضيه دين الله أحق بالقضاء ولا خلاف بين المسلمين انه يقع عن الغير تطوعا وانما الخلاف في وقوعه فرضا واختلفوا من هذا الباب في الذي يحج عن غيره سواء كان حيا أو ميتا هل من شرطه أن يكون قد حج عن

نفسه أم لا فذهب بعضهم إلى أن ذلك ليس من شرطه وإن كان قد أدى الفرض عن نفسه فذلك أفضل
وبه قال مالك فحينئذ يحج عن الميت لأن الحج عنده عن الحي لا يقع وذهب آخرون إلى أن من شرطه
أن يكون قد قضى فريضة نفسه وبه قال الشافعي وغيره أنه إن حج عن غيره من لم يقض فرض نفسه
انقلب إلى فرض نفسه وعمدة هؤلاء حديث ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم سمع رجلا يقول لبنيك
عن شبرمة قال ومن شبرمة فقال أخى أوقال قريبى قال أخفجت عن نفسك قال لا قال الحج عن
نفسك ثم حج عن شبرمة والطائفة الأولى علت هذا الحديث بأنه قد روى موقوفا على ابن عباس
واختلفوا من هذا الباب في الرجل يؤاجر نفسه في الحج فكره ذلك مالك والشافعي وقالوا إن وقع ذلك
جاز ولم يجز ذلك أبو حنيفة وعمدة أنه قرينة إلى الله عز وجل فلا تجوز الإجارة عليه وعمدة الطائفة الأولى
اجماعهم على جواز الإجارة في كتب المصاحف وبناء المساجد وهي قرينة والإجارة في الحج عند مالك
نوعان أحدهما الذى يسميه أصحابه على البلاغ وهو الذى يؤاجر نفسه على ما يبلغه من الزاد والراحلة
فإن نقص مأخذه عن البلاغ وقام ما يبلغه وإن فضل عن ذلك شيء رده والثاني على سنة الإجارة إن نقص
شيء وفاء من عنده وإن فضل شيء فله ● والجمهور على أن العبد لا يآجره الحج حتى يعتق وأوجب عليه بعض
أهل الظاهر فهذه معرفة على من تجب هذه الفريضة ومن تقع وأما من تجب فانهم اختلفوا هل هي على
الفور أو على التراخي والقولان متاويان على مالك وأصحابه والظاهر عند المتأخرين من أصحابه أنها على
التراخي وبالقول أنها على الفور قال البغداديون من أصحابه واختلف في ذلك قول أبي حنيفة وأصحابه
والمختار عندهم أنه على الفور وقال الشافعي هو على التوسعة وعمدة من قال هو على التوسعة أن الحج
فرض قبل حج النبي صلى الله عليه وسلم بسنين فلو كان على الفور لما أخره النبي عليه الصلاة والسلام
ولو أخره لعذر لينه وحجة الفريق الثاني أنها كان محتصا بوقت كان الأصل تأخيرها حتى يذهب الوقت
أصله وقت الصلاة والفرق عند الفريق الثاني بينهما وبين الأمر بالصلاة أنه لا يتكرر وجوبه بتكرار
الوقت والصلاة يتكرر وجوبها بتكرار الوقت وبالجملة فنشبه أول وقت من أوقات الحج الطارئة على
المكلف المستطيع بأول الوقت من الصلاة قال هو على التراخي ومن شبهه بأخر الوقت من الصلاة قال هو
على الفور ووجه شبهه بأخر الوقت أنه ينقض بدخول وقت لا يجوز فيه فعله كما ينقض وقت الصلاة بدخول
وقت ليس يكون فيه المصلى مؤديا ويحتج هؤلاء بالفرع الذى يلحق المكلف بتأخيرها إلى عام آخر بما يغلب
على الظن من إمكان وقوع الموت في مدة من عام ويرون أنه بخلاف تأخير الصلاة من أول الوقت إلى آخره
لأن الغالب أنه لا يموت أحد في مقدار ذلك الزمان إلا نادرا وبما قالوا إن التأخير في الصلاة يكون مع
امصاحبة الوقت الذى يؤدى فيه الصلاة والتأخير هنا يكون مع دخول وقت لا تصح فيه العبادة فهو
ليس يشبهه في هذا الأمر المطلق وذلك أن الأمر المطلق عند من يقول أنه على التراخي ليس يؤدى التراخي
فيه إلى دخول وقت لا يصح فيه وقوع المأمور فيه كما يؤدى التراخي في الحج إذا دخل وقته فأخره
المكلف إلى قابل فليس الاختلاف في هذه المسئلة من باب اختلافهم في مطلق الأمر هل هو على الفور
أو على التراخي كما قد يظن واختلفوا من هذا الباب هل من شرط وجوب الحج على المرأة أن يكون معها
زوج أو ذو محرم منها يطاوعها على الخروج معها إلى السفر للحج فقال مالك والشافعي ليس من شرط

الوجوب ذلك وتخرج المرأة الى الحج اذا وجدت رفقة مأمونة وقال أبو حنيفة وأحمد وجاعة وجود
 ذى المحرم ومطاوعته لها شرط في الوجوب وسبب الخلاف معارضة الامر بالحج والسفر اليه للنهي
 عن سفر المرأة ثلاثا الامع ذى محرم وذلك انه ثبت عنه عليه الصلاة والسلام من حديث أبي سعيد
 انظري وأبي هريرة وابن عباس وابن عمر انه قال عليه الصلاة والسلام لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم
 الآخر ان تسافر الامع ذى محرم فمن غلب عموم الامر قال تسافر للحج وان لم يكن معها ذى محرم ومن
 خصص العموم بهذا الحديث أو رأى انه من باب تفسير الاستطاعة قال لا تسافر للحج الامع ذى محرم
 فقد قلنا في وجوب هذا النسك الذي هو الحج وبأى شيء يجب وعلى من يجب ومتى يجب وقد بقي من
 هذا الباب القول في حكم النسك الذي هو العمرة فان قوما قالوا انه واجب وبه قال الشافعي وأحمد
 وأبو ثور وأبو عبيد والثوري والاوزاعي وهو قول ابن عباس من الصحابة وابن عمر وجاعة من التابعين
 وقال مالك وجاعة هي سنة وقال أبو حنيفة هي تطوع وبه قال أبو ثور وداود فمن أوجبها احتج بقوله
 تعالى (وأتموا الحج والعمرة لله) وبآثار مروية منها ما روى عن ابن عمر عن أبيه قال دخل اعرابي
 حسن الوجه أبيض الثياب على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ما الاسلام يا رسول الله فقال أن
 تشهد أن لا اله الا الله وأن محمدا رسول الله وتقيم الصلاة وتؤتي الزكاة وتصوم شهر رمضان وتحج وتعتق
 وتغتسل من الجنابة وذكر عبد الرزاق قال أخبرنا معمر عن قتادة انه كان يحدث أنه لما زالت وبته
 على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم بانئين حجة وعمرة فمن
 قضاها فقد قضى الفريضة وروى عن زيد بن ثابت عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال الحج والعمرة
 فريضتان لا يضرك بأيهما بدأت وروى عن ابن عباس العمرة واجبة وبعضهم يرفعه الى النبي صلى الله
 عليه وسلم وأما حجة الفريضة وهم الذين يرون أنها ليست واجبة فالاحاديث المشهورة الثابتة الواردة
 في تعدد فرائض الاسلام من غير أن يذكر منها العمرة مثل حديث ابن عمر بنى الاسلام على خمس
 فذكر الحج مفردا ومثل حديث السائل عن الاسلام فان في بعض طرقه وان يحج البيت وربما قالوا
 ان الامر بالانعام ليس يقتضى الوجوب لان هذا يخص السنن والفرائض أعني اذا شرع فيها أن تتم
 ولا تقطع واحتج هؤلاء أيضا أعني من قال انها سنة بآثار منها حديث الحجاج بن اripeة عن محمد بن المنكسر
 عن جابر بن عبد الله قال سألت رجلا النبي صلى الله عليه وسلم عن العمرة أواجبة هي قال لا ولأن تعقر
 خير لك قال ابن عمر (٧) وليس هو حجة فيها انفرد به وربما احتج من قال انها تطوع بما روى عن أبي صالح
 الحنفي قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الحج واجب والعمرة تطوع وهو حديث منقطع فسبب
 الخلاف في هذا هو تعارض الآثار في هذا الباب وتردد الامر بالانعام بين أن يقتضى الوجوب أم لا يقتضيه
 القول في الجنس الثاني وهو تعرف أفعال هذه العبادة في نوع نوع منها والتروك المستتر فيها
 وهذه العبادة كما قلنا صنفان حج وعمرة والحج ثلاثة أصناف افراد وتمتع وقران وهي كلها بتسجيل
 على أفعال محدودة أو مكانة محدودة وأوقات محدودة ومنها فرض ومنها غير فرض وعلى تروك تشتت
 (٧) قوله قال ابن عمر الخ هكذا هو بالنسخ ولعله قال أبو عمر يعني ابن عبد البر لأنه هو الذى يسند اليه
 مثل هذا تأمل اه مصححه

في تلك الافعال ولكل هذه أحكام محدودة اما عند الاخلال بها واما عند الطوارئ المانعة منها فهذا الجنس ينقسم أولا الى القول في الافعال والى القول في التروك وأما الجنس الثالث فهو الذي يتضمن القول في الاحكام فلنبدأ بالافعال وهذه منها ما اشترك فيه هذه الاربعة الانواع من النسك أعني أصناف الحج الثلاث والعمرة ومنها ما يختص بواحد واحد منها فلنبدأ من القول فيها بالمشترك ثم نسير الى ما يخص واحدا واحدا منها فنقول ان الحج والعمرة أولا فاعمالهما الفعل الذي يسمى الاحرام

﴿ القول في شروط الاحرام ﴾

والاحرام شروطه الاول المكان والزمان أما المكان فهو الذي يسمى مواقيت الحج فلنبدأ بهذا فنقول ان العلماء بالجملة يجمعون على أن المواقيت التي منها يكون الاحرام أما أهل المدينة فذو الحليفة وأما أهل الشام فالجلفة ولاهل نجد قرن ولاهل اليمن يعلم لثبوت ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من حديث ابن عمر وغيره واختلفوا في ميقات أهل العراق فقال جمهور فقهاء الامصار ميقاتهم من ذات عرق وقال الشافعي والثوري ان أهلوا من العقيق كان أحب واختلفوا فيمن أفته لهم فقالت طائفة عمر بن الخطاب وقالت طائفة بل رسول الله صلى الله عليه وسلم هو الذي أفت لاهل العراق ذات عرق والعقيق وروى ذلك من حديث جابر وابن عباس وعائشة وجمهور العلماء على ان من يخطئ هذه وقصده الاحرام فلم يحرم الا بعدها ان عليه ما وهو لا يرجع الى الميقات فأحرم منه سقط عنه الدم ومنهم الشافعي ومنهم من قال لا يسقط عنه الدم وان رجع وبه قال مالك وقال قوم ليس عليه دم وقال آخرون ان لم يرجع الى الميقات فسد حجه وانه يرجع الى الميقات فيهل منه بعمرة وهذا يذكر في الاحكام وجمهور العلماء على ان من كان منزله دونهن فميقات احرامه من منزله واختلفوا اهل الافضل احرام الحاج منهن أو من منزله اذا كان منزله خارجا منهن فقال قوم الافضل له من منزله والاحرام منها رخصة وبه قال الشافعي وأبو حنيفة والثوري وجاعة وقال مالك واسحاق وأحد احرامه من المواقيت أفضل وعمدة هؤلاء الاحاديث المتقدمة وانها السنة التي سنها رسول الله صلى الله عليه وسلم فهي أفضل وعمدة الطائفة الاخرى ان الصحابة قلنا حرمت من قبل الميقات ابن عباس وابن عمر وابن مسعود وغيرهم قالوا وهم أعرف بالسنة وأصول أهل الظاهر تقتضي أن لا يجوز الاحرام الا من الميقات الا ان يصح اجماع على خلافه واختلفوا فحين ترك الاحرام من ميقاته وأحرم من ميقات آخر غير ميقاته مثل أن يترك أهل المدينة الاحرام من ذي الحليفة ويحرموا من الجلفة فقال قوم عليه دم ومن قال به مالك وبعض أصحابه وقال أبو حنيفة ليس عليه شيء وسبب الخلاف هل هو من النسك الذي يجب في تركه الدم أم لا ولا خلاف انه يلزم الاحرام من مر بهذه المواقيت عن أراد الحج أو العمرة وأما من لم يرد بها ومر بها فقال قوم كل من مر بها يلزمه الاحرام الا من يكثر ترداده مثل الخطاين وشبههم وبه قال مالك وقال قوم لا يلزم الاحرام بها الا لريد الحج أو العمرة وهذا كلام من ليس من أهل مكة وأما أهل مكة فانهم يخرجون بالحج (٧) أو بالعمرة يخرجون الى الحل ولا بد وأما مني يحرم بالحج أهل مكة فقيل اذا راوا

(٧) قوله بالحج الخ هكذا هذه العبارة بالنسخ ولعل صوابه يخرجون بالحج منها وبالعمرة يخرجون

الحلال وقيل اذا خرج الناس الى منى فهذا هو ميقات المكان المشترط لانواع هذه العبادة

﴿ القول في ميقات الزمان ﴾

وأما ميقات الزمان فهو محدود أيضاً في أنواع الحج الثلاث وهو شوال وذو القعدة وتسع من ذي الحجة باتفاق وقال مالك الثلاثة الأشهر كلها محل للحج وقال الشافعي الشهران وتسع من ذي الحجة وقال أبو حنيفة عشر فقط ودليل قول مالك عموم قوله سبحانه الحج أشهر معلومات فوجب أن يطلق على جميع أيام ذي الحجة أصله انطلاقه على جميع أيام شوال وذو القعدة ودليل الفريق الثاني انقضاء الاحرام قبل تمام الشهر الثالث بانقضاء أفعاله الواجبة وفائدة الخلاف تأخر طواف الافاضة الى آخر الشهر وإن أحرم بالحج قبل أشهر الحج كرهه مالك ولكن صح احرامه عنده وقال غيره لا يصح احرامه وقال الشافعي ينعقد احرامه احرام عمره فمن شبهه بوقت الصلاة قال لا يقع قبل الوقت ومن اعقد عموم قوله تعالى وأتموا الحج والعمرة لله قال متى أحرم انعقد احرامه لانه مأمور بالانعام وبما شبهوا الحج في هذا المعنى بالعمرة وشبهوا ميقات الزمان بميقات العمرة فاما مذهب الشافعي فهو مبني على ان من التزم عبادة في وقت نظيرتها نقلت الى النظير مثل أن يصوم نذراً في أيام رمضان وهذا الاصل فيه اختلاف في المذهب. وأما العمرة فان العلماء اتفقوا على جوازها في كل أوقات السنة لانها كانت في الجاهلية لا تصنع في أيام الحج وهو معنى قوله عليه الصلاة والسلام دخلت العمرة في الحج الى يوم القيامة وقال أبو حنيفة تجوز في كل السنة الا يوم عرفة ويوم النحر وأيام التشريق فانها تكرر واختلفو في تكريرها في السنة الواحدة مراراً فكان مالك يستحب عمرة في كل سنة ويكره وقوع عمرتين عنده وثلاثاً في السنة الواحدة وقال الشافعي وأبو حنيفة لا تكرهية في ذلك فهذا هو القول في شروط الاحرام الزمانية والمكانية وبني بعد ذلك أن نصير الى القول في الاحرام وقبل ذلك ينبغي أن نقول في تركه ثم نقول بعد ذلك في الافعال الخاصة بالمحرم الى حين احلاله وهي أفعال الحج كلها وتركه ثم نقول في أحكام الاخلال بالتروك والافعال ولنبداً بالتروك

﴿ القول في التروك وهو ما يمنع الاحرام من الأمور المباحة للحلال ﴾

والأصل في هذا الباب ما ثبت من حديث مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رجلاً سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم ما لبس المحرم من الثياب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تلبسوا القميص ولا العمام ولا السراويل ولا البرانس ولا الخفاف الا أحد لا يجد نعلين فيلبس خفين وليقطعهما أسفل من الكعبين ولا تلبسوا من الثياب شيئاً مسه الزعفران ولا الورس فانفق العلماء على بعض الأحكام الواردة في هذا الحديث واختلفوا في بعضها فمما اتفقوا عليه أنه لا لبس المحرم قيصاً ولا شيئاً مما ذكر في هذا الحديث ولا ما كان في معناه من مخيط الثياب وأن هذا مخصوص بالرجال أعني محريم لبس المخيط وأنه لا بأس للمرأة بلبس القميص والدرع والسراويل والخفاف والخمر واختلفوا فيمن لم يجد غير السراويل هل له لباسها فقال مالك وأبو حنيفة لا يجوز له لبس السراويل وإن لبسها افتدى وقال الشافعي والثوري وأحمد وبوثرور وداود لا شيء عليه اذ لم يجد ازاراً وعمدة منهج مالك ظهر حديث ابن عمر المتقدم قال ولو كان في ذلك رخصة لاستثناه رسول الله صلى الله عليه وسلم كما استثنى في لبس الخفين وعمدة الطائفة الثانية حديث *

عمر بن دينار عن جابر وابن عباس قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول السراويل لمن لم يجد
الازرار واختلف لمن لم يجد النعلين وجهور العلماء على اجازة لباس الخفين مقطوعين لمن لم يجد النعلين
وقال أجبنا لمن لم يجد النعلين أن يلبس الخفين غير مقطوعين أخذنا بمطابق حديث ابن عباس وقال عطاء
في قطعهم مفساد والله لا يحب الفساد واختلفوا في لبسهم مقطوعين مع وجود النعلين فقال مالك عليه
الفدية وبه قال أبو ثور وقال أبو حنيفة لا فدية عليه والقولان عن الشافعي وسند ذكر هذان الأحكام
وأجمع العلماء على أن المحرم لا يلبس الثوب المصبوغ بالورس والزعفران لقوله عليه الصلاة والسلام
في حديث ابن عمر لا تلبسوا من الثياب شيأ مسه الزعفران ولا الورس واختلفوا في المعصر فقال مالك ليس
به بأس فانه ليس بطيب وقال أبو حنيفة والثوري هو طيب وفيه الفدية وحجة أبي حنيفة ما خرج مالك
عن علي أن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن لبس القسي وعن لبس المعصر وأجمعوا على أن أحرام
للرأة في وجهها وإن لم يلبس رأسها وتستر شعرها وإن لم يلبس ثوبها على وجهها من فوق رأسها
سدلا خفيفا تستتر به عن نظر الرجال اليها كنعوماروى عن عائشة أنها قالت كما مع رسول الله صلى الله
عليه وسلم ونحن محرمون فإذا منى بنا ركب سدلنا على وجوهنا الثوب من قبل رؤسنا وإذا جازا الركب
رفعناه ولم يأت نطفية وجوههن إلا مارواه مالك عن فاطمة بنت المنذر أنها قالت كنا نخمر وجوهنا ونحن
محرمات مع أسماء بنت أبي بكر الصديق واختلفوا في تخمير المحرم وجهه بعد إجماعهم على أنه لا يخمر
رأسه فروى مالك عن ابن عمر أن مافوق الذقن من الرأس لا يخمر المحرم واليه ذهب مالك وروى عنه
أنه إن فعل ذلك ولم يترعه مكانه افتدى وقال الشافعي والثوري وأحمد وداود وأبو ثور يخمر المحرم وجهه
إلى الخبايا وروى من الصحابة عن عثمان وزيد بن ثابت وجابر وابن عباس وسعد بن أبي وقاص
واختلفوا في لبس القفازين للمرأة فقال مالك إن لبست المرأة القفازين افتدت وخص فيه الثوري
وهو مروي عن عائشة والحجة لمالك ما خرج أبو داود عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه نهى عن النقاب
والقفازين وبعض الرواة يرويه موقوفا عن ابن عمر ومحممه بعض رواة الحديث أعني رفعه إلى النبي
عليه الصلاة والسلام فهذا هو مشهور اختلافهم واتفاقهم في اللباس وأصل الخلاف في هذا كله اختلافهم
في قياس بعض المسكوت عنه على المنطوق به واحتمال اللفظ المنطوق به وثبوته أو لا ثبوته وأما الشيء
الثاني من المتركات فهو الطيب وذلك أن العلماء أجمعوا على أن الطيب كله يحرم على المحرم بالحج
والعمرة في حال إحرامه واختلفوا في جوازه للمحرم عند الإحرام قبل أن يحرم لما يتي من أثره عليه
بعد الإحرام فكرهه قوم وأجازه آخرون ومن كرهه مالك ورواه عن عمر بن الخطاب وهو قول عثمان
 وابن عمر وجماة من التابعين ومن أجازته أبو حنيفة والشافعي والثوري وأحمد وداود والحجة لمالك
رحمته الله من جهة الأثر حديث صفوان بن يحيى ثبت في الصحيحين وفيه أن رجلا جاء إلى النبي صلى الله
عليه وسلم بجبة مضمخة بطيب فقال يا رسول الله كيف ترى في رجل أحرم بعمره في جبة بعد ما ضمخ
بطيب فأنزل الوحي على رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما أفاق قال أين السائل عن العمرة أنفا فتمس
الرجل فأتي به فقال عليه الصلاة والسلام أما الطيب الذي بك فأغسله عنك ثلاث مرات وأما الجبة

فأترعها ثم اصنع ماشئت في عمرتك كما تصنع في حجتك اختصرت الحديث وفقهه هو الذي ذكرت
وعنده الفريق الثاني مارواه مالك عن عائشة أنها قالت كنت أطيب رأس رسول الله صلى الله عليه وسلم
لا حرامه قبل أن يحرم ولحله قبل أن يطوف بالبيت واعتل الفريق الأول بما روى عن عائشة أنها قالت
وقد بلغها أنكار بن عمر تطيب المحرم قبل إحصاءه يرحم الله أباعد الرحمن طيبت رسول الله صلى الله عليه
وسلم فطاف على نسائه ثم أصبح محرماً قالوا وإذا طاف على نسائه اغتسل فقاما يمشي عليه أثر ريح الطيب
لاجرمه نفسه قالوا ولما كان الإجماع قد انعقد على أن كل ما لا يجوز للمحرم ابتداءً وهو محرم مثل لبس
الثياب وقتل الصيد لا يجوز له استصحابه وهو محرم فوجب أن يكون الطيب كذلك فسبب الخلاف
تعارض الآثار في هذا الحكم * وأما المتروك الثالث فهو مجامعة النساء وذلك أنه أجمع المسلمون على أن وطء
النساء على الحاج حرام من حين يحرم لقوله تعالى فلا رفث ولا فسوق ولا جدال في الحج وأما الممنوع
الرابع وهو القاء التفت وإزالة الشعر وقتل القمل ولكن اتفقوا على أنه يجوز له غسل رأسه من الجنابة
واختلفوا في كراهية غسله من غير الجنابة فقال الجمهور لا بأس بغسله رأسه وقال مالك بكراهية ذلك
وعنده أن عبد الله بن عمر كان لا يغسل رأسه وهو محرم الأمن الاحتلام وجمدة الجمهور ما رواه مالك
عن عبد الله بن جبير أن ابن عباس والمسور بن مخرمة اختلفا بالابواء فقال عبد الله يغسل المحرم رأسه وقال
المسور بن مخرمة لا يغسل المحرم رأسه قال فأرسلني عبد الله بن عباس الحيا في أيوب الانصاري قال فوجدته
يغتسل بين القرنين وهو مستتر بثوب فسلمت عليه فقال من هذا فقلت عبد الله بن جبير أرسلني إليك
عبد الله بن عباس أسألك كيف كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يغسل رأسه وهو محرم فوضع أبو أيوب يده
على الثوب فقططاً حتى بدى رأسه ثم قال لا ناسن يصب عليه أصيب فصب على رأسه ثم حرك رأسه بيديه
فأقبل بهما وأدبر ثم قال هكذا رأيته رسول الله صلى الله عليه وسلم يفعل وكان عمر يغسل رأسه وهو محرم
ويقول ما ينزله الماء الأشعثا رواه مالك في الموطأ وحمل مالك حديث أبي أيوب على غسل الجنابة
والحجة لاجتماعهم على أن المحرم ممنوع من قتل القمل وتفت الشعر والقاء التفت وهو الوسخ والغسل
رأسه هو ما أن يفعل هذه كلها أو بعضها واتفقوا على منع غسله رأسه بالخطمي وقال مالك وأبو حنيفة
أن فعل ذلك افتدى وقال أبو ثور وغيره لا شيء عليه واختلفوا في الحمام فكان مالك يكره ذلك ويرى
أن على من دخله الفدية وقال أبو حنيفة والشافعي والثوري ودود لا بأس بذلك وروى عن ابن عباس
دخول الحمام وهو محرم من طريقين والاحسن أن يكره دخوله لأن المحرم منهي عن القاء التفت
* وأما المحظور الخامس فهو الاصطياد وذلك أيضاً مجمع عليه لقوله سبحانه (وحرم عليكم صيد البر ما دمتم
حرموا) وقوله تعالى (ولا تقتلوا الصيد وأتم حرم) وأجمعوا على أنه لا يجوز له صيده ولا كل ما صاده هو منه
واختلفوا إذا صاده حلال هل يجوز للمحرم أكله على ثلاثة أقوال قول أنه يجوز له أكله على الإطلاق
وبه قال أبو حنيفة وهو قول عمر بن الخطاب والزيير وقال قوم هو محرم عليه على كل حال وهو قول
ابن عباس وعلى وابن عمر وبه قال الثوري وقال مالك ما لم يصدم من أجل المحرم أو من أجل قوم محرمين
فهو حلال وما صيد من أجل محرم فهو حرام على المحرم وسبب اختلافهم تعارض الآثار في ذلك فأحدها
ما أخرجه مالك من حديث أبي قتادة أنه كان مع رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى إذا كانوا يبيع بعض طريق

مكة تخلف مع أصحابه محرمين وهو غير محرم فرأى جارا وحشيا فاستوى على فرسه فسأل أصحابه أن ينالوه سوطه فأبوا عليه فسأ لهم رجه فأبوا عليه فأخذته ثم شد على الحمار فقتله فأكل منه بعض أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بعضهم فلما أدركوا رسول الله صلى الله عليه وسلم سأله عن ذلك فقال اتماهى طعمة أطمعكموها الله وجاء أيضا في معناه حديث طلحة بن عبيد الله ذكره النسائي أن عبد الرحمن التيمي قال كنا مع طلحة بن عبيد الله ونحن محرمون فاهدى له نغي وهو راقد فأكل بعضنا فاستيقظ طلحة فوافق على أكله وقال أكلناه مع رسول الله صلى الله عليه وسلم والحديث الثاني حديث ابن عباس خرج به أيضا مالك أنه أهدى لرسول الله صلى الله عليه وسلم جارا وحشيا وهو بالابواء أو بؤدان فرده عليه وقال انالم نردّه عليك إلا أنا حرم وللأختلاف سبب آخر وهو هل يتعلق النهى عن الأكل بشرط القتل أو يتعلق بكل واحد منهما النهى على الانفراد فنأخذ بحديث أبي قتادة قال إن النهى انما يتعلق بالأكل مع القتل ومن أخذ بحديث ابن عباس قال النهى يتعلق بكل واحد منهما على انفراده فمن ذهب في هذه الأحاديث مذهب الترجيح قال ما بحديث أبي قتادة وما بحديث ابن عباس ومن جمع بين الأحاديث قال بالقول الثالث قالوا والجمع أولى وأكبر وذلك بما روى عن جابر عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال صيد البر حلال لكم وأتم حرم ما لم تصيدوه أو يصد لكم واختلقوا في المضطر هل يأكل الميتة أو يصد في الحرم فقال مالك وأبو حنيفة والثوري وزفرو وجاعة إذا اضطرا كل الميتة ولحم الخنزير دون الصيد وقال أبو يوسف يصيد ويأكل وعليه الجزء والأول أحسن للتربعة وقول أبي يوسف اقبس لأن تلك محرمة لعينها والصيد محرم لغرض من الأغراض وما حرم لعله أخف بما حرم لعينه وما هو محرم لعينه أغلظ فهذه الخمسة اتفق المسلمون على أنها من محظورات الاحرام واختلقوا في نكاح المحرم فقال مالك والشافعي والليث والاوزاعي لا ينكح المحرم ولا ينكح فان نكح فالنكاح باطل وهو قول عمر وعلى بن أبي طالب وابن عمر وزيد بن ثابت وقال أبو حنيفة والثوري لا بأس بالنكاح المحرم أو أن ينكح والسبب في اختلافهم اختلاف الآثار في ذلك فأحدهما رواه مالك من حديث عثمان ابن عفان أنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا ينكح المحرم ولا ينكح ولا يخطب والحديث المعارض لهذا حديث ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نكح مجونة وهو محرم خرجها أهل الصحاح إلا أنه عارضته آثار كثيرة عن مجونة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوجها وهو حلال رويت عنها من طرق شتى عن أبي رافع وعن سليمان بن يسار وهو مولاها وعن زيد بن الاصم ويمكن الجمع بين الحديثين بأن يحمل الواحد على الكراهية والثاني على الجواز فهذه هي مشهورات ما يحرم على المحرم وأما متى يحل فسنذكره عند ذكرنا أفعال الحج وذلك أن المعتمر يحل إذا طاف وسعى وحلق واختلقوا في الحاج على ماسيا في بعد واذ قد قلنا في تروك المحرم قلنقل في أفعاله

✽ القول في أنواع هذا النسك ✽

والمحرمون إما محرم بعمره مفردة أو محرم بحج مفرد أو جامع بين الحج والعمرة وهذا من ضرر بان اما مقتنع واما قارن فينبغي أولا أن نجرد أصناف هذه المناسك الثلاث ثم نقول ما يفعل المحرم في كلها وما يخص واحد أو أحدها منها إن كان هنالك ما يخص وكذلك تفعل فيما بعد الاحرام من أفعال الحج إن شاء الله تعالى

﴿ القول في شرح أنواع هذه المناسك ﴾

فقول ان الافراد هو ما يتعرى عن صفات التمتع والقران فلذلك يجب أن نبداً أولاً بصفة التمتع ثم نردف ذلك بصفة القران

﴿ القول في القتع ﴾

فنقول ان العلماء اتفقوا على ان هذا النوع من النسك الذي هو المعنى بقوله سبحانه زفن تمتع بالعمرة الى الحج فاستيسر من الهدى هو ان يهل الرجل بالعمرة في أشهر الحج من الميقات وذلك اذا كان مسكنه خارجاً عن الحرم ثم يأتي حتى يصل البيت فيطوف لعمرته ويسعى ويحلق في تلك الأشهر بعينها ثم يحل بمكة ثم ينشئ الحج في ذلك العام بعينه وفي تلك الأشهر بعينها من غير أن ينصرف الى بلده الاماروى عن الحسن أنه كان يقول هو مقتع وان عاد الى بلده ولم يحج أى عليه هدى المقتع المنصوص عليه في قوله تعالى (فن تمتع بالعمرة الى الحج فاستيسر من الهدى) لأنه كان يقول عمرة في أشهر الحج متعة وقال طائوس من اعقر في غير أشهر الحج ثم أقام حتى الحج وحج من عامه أنه مقتع واتفق العلماء على أن من لم يكن من حاضري المسجد الحرام فهو مقتع واختلفوا في المسكن هل يقع منه التمتع أم لا يقع والذين قالوا انه يقع منه اتفقوا على أنه ليس عليه دم لقوله تعالى ذلك لمن لم يكن أهله حاضري المسجد الحرام واختلفوا فجاء هو حاضر المسجد الحرام ممن ليس هو فقال مالك حاضرو المسجد الحرام هم أهل مكة وذو طوى وما كان مثل ذلك من مكة وقال أبو حنيفة هم أهل المواقيت فمن دونهم الى مكة وقال الشافعي بمصر من كان بينه وبين مكة ليلتان وهو أكمل المواقيت وقال أهل الظاهر من كان ساكن الحرم وقال الثوري هم أهل مكة فقط وأبو حنيفة يقول ان حاضري المسجد الحرام لا يقع منهم التمتع وكره ذلك مالك وسبب الاختلاف اختلاف ما يدل عليه اسم حاضري المسجد الحرام بالأقل والأكثر ولذلك لا يشك ان أهل مكة هم من حاضري المسجد الحرام كما لا يشك ان من خارج المواقيت ليس منهم فهذا هو نوع التمتع المشهور ومعنى التمتع أنه تمتع بتحلله بين النسكين وسقوط السقر عنه مرة ثانية الى النسك الثاني الذي هو الحج وهما نوعان من التمتع اختلف العلماء فيهما أحدهما فسخ الحج في عمرة وهو بخلاف النية من الاحرام بالحج الى العمرة فجمهور العلماء يكرهون ذلك من الصدر الأول وفقهاء الامصار وذهب ابن عباس الى جواز ذلك وبه قال أحمد وداود وكلهم متفقون أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر أصحابه عام حجة بفسخ الحج في العمرة وهو قوله عليه الصلاة والسلام لو استقبلت من أمرى ما استدبرت لماسقت الهدى ولجعلتها عمرة وأمره لمن لم يسق الهدى من أصحابه أن يفسخ أهلاله في العمرة وبهذا تمسك أهل الظاهر والجمهور وأوذلك من باب الاختصاص لأصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم واحتجوا بما روى عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن عن الحارث بن بلال بن الحارث المدني عن أبيه قال قلت يا رسول الله أفسخ لنا خاصة أم لمن بعدنا قال لنا خاصة وهذا لما يصح عند أهل الظاهر صحة معارض بها العمل المتقدم وروى عن عمر أنه قال تمتعتان كاتتا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم أنا أنهي عنهما وأعاقب عليهما متعة النساء ومتعة الحج وروى عن عثمان أنه قال متعة الحج كانت لنا وليست لكم وقال أبو ذر ما كان لأحد بعدنا أن يحرم بالحج ثم يفسخه في عمرة هذا كله مع ظاهر قوله تعالى وأتموا الحج والعمرة لله والظاهرية على أن الأصل اتباع فعل الصحابة حتى يدل دليل من كتاب الله أو سنة

ثابتة على أنه خاص فبسبب الاختلاف هل فعل الصحابة محمول على العموم وأعلى الخصوص وأما النوع الثاني من التمتع فهو ما كان يذهب إليه ابن الزبير من أن التمتع الذي ذكره الله هو تمتع المحصر بمرض أو عدو وذلك إذا خرج الرجل حاجا فغلبه عدو أو أمرت عنده عليه الحج حتى تذهب أيام الحج فيأى في البيت فيطوف ويسعى بين الصفا والمروة ويحل ثم تمتع بحله إلى العام المقبل ثم يحج ويهدي وعلى هذا القول ليس يكون التمتع المشهور اجاعا وشذ طلاس أيضا فقال إن المحكي إذا تمتع من بلد غير مكة كان عليه الهدى واختلف العلماء فيمن أنشأ عمرة في غير أشهر الحج ثم عملها في أشهر الحج ثم حج من عامه ذلك فقال مالك عمرته في الشهر الذي حل فيه فإن كان حل في أشهر الحج فهو مقتمع وإن كان حل في غير أشهر الحج فليس بمقتمع ويقرىب منه قال أبو حنيفة والشافعي والثوري الأئمة الثوري اشتراط أن يوقع طوافه كله في شوال وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة إن طاف ثلاثة أشواط في رمضان وأربعة في شوال كان مقتمعا وإن كان عكس ذلك لم يكن مقتمعا أعني إن يكون طواف أربعة أشواط في رمضان وثلاثة في شوال وقال أبو ثور إذا دخل في العمرة في غير أشهر الحج فسواء طاف لها في أشهر الحج أو في غير أشهر الحج لا يكون مقتمعا وسبب الاختلاف هل يكون مقتمعا بإيقاع إحرام العمرة في أشهر الحج فقط أم بإيقاع الطواف معه ثم إن كان بإيقاع الطواف معه فهل بإيقاعه كله أم أكثره فأبو ثور يقول لا يكون مقتمعا إلا بإيقاع الإحرام في أشهر الحج لأن الإحرام تنعقد العمرة والشافعي يقول الطواف هو أعظم أركانها فوجب أن يكون به مقتمعا فالجمهور على أن من أوقع بعضها في أشهر الحج كمن أوقعها كلها وشروط التمتع عند مالك ستة أحدها أن يجمع بين العمرة والحج في شهر واحد والثاني أن يكون ذلك في عام واحد والثالث أن يفعل شيئا من العمرة في أشهر الحج والرابع أن يقدم العمرة على الحج والخامس أن يشتم الحج بعد الفراغ من العمرة وإحلاله منها والسادس أن يكون وطنه غير مكة فهذه هي صورة التمتع والاختلاف المشهور فيه والاتفاق

﴿ القول في القارن ﴾

وأما القارن فهو أن يهل بالنسكين معا ويهل بالعمرة في أشهر الحج ثم يردف ذلك بالحج قبل أن يحل من العمرة واختلف أصحاب مالك في الوقت الذي يكون ذلك فيه فقليل ذلك له مالم يشرع في الطواف ولو شوطا واحدا وقيل مالم يركع ويكره بعد الطواف وقبل الركوع فإن فعل لزمه وقيل له ذلك ما بقي عليه شيء من عمل العمرة من طواف أو سعى ما خلا أنهم اتفقوا على أنه إذا أهل بالحج ولم يبق عليه من أفعال العمرة إلا الحلق فإنه ليس بقارن والقارن الذي يلزمه هدى المقتمع هو عند الجمهور من غير حاضري المسجد الحرام إلا ابن الماجشون من أصحاب مالك فإن القارن من أهل مكة عنده عليه الهدى وأما الأفراد فهو ما تمرى من هذه الصفات وهو أن لا يكون مقتمعا ولا قارنا بل أن يهل بالحج فقط وقد اختلف العلماء أي أفضل هل الأفراد والقارن أو التمتع والسبب في اختلافهم اختلافهم في فإفعل رسول الله صلى الله عليه وسلم من ذلك وذلك أنه روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه كان مفردا وروى أنه تمتع وروى عنه أنه كان قارنا فاختر مالك الأفراد واعتقد في ذلك على ما روى عن عائشة أنها قالت خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام حجة الوداع ففلمن أهل بعمرة ومنهم من أهل بحج وعمرة وأهل رسول الله صلى الله عليه وسلم بالحج ورواه عن عائشة من طرق كثيرة قال أبو عمر بن عبد البر

وروى الافراد عن النبي صلى الله عليه وسلم عن جابر بن عبد الله من طرق شتى متواترة صحاح وهو قول أبي بكر وعمر وعثمان وعائشة وجابر والذين رأوا أن النبي صلى الله عليه وسلم كان مقتعاً احتجوا بما رواه الليث عن عقيل عن ابن شهاب عن سالم عن ابن عمر قال تمتع رسول الله صلى الله عليه وسلم في عام حجة الوداع بالعمرة الى الحج وأهدى وساق الهدى معه من ذى الحليفة وهو مذهب عبد الله بن عمر وابن عباس وابن الزبير واختلف عن عائشة في التمتع والافراد واعتقد من رأى أنه عليه الصلاة والسلام كان قارناً أحاديث كثيرة منها حديث ابن عباس عن عمر بن الخطاب قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول وهو بوادى العقيق أنا في الليلة آت من ربي فقال أهل في هذا الوادى المبارك وقل عمره في حجة خرجه البخاري وحديث مروان بن الحكم قال شهدت عثمان وعلياً وعثمان ينهى عن التمتع وإن يجمع بينهما فلما رأى ذلك علياً أهل بهما ليك بعمرة وحجة وقال ما كنت لادع سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم لقول أحد خروجه البخاري وحديث أنس خروجه البخاري أيضاً قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ليك بعمرة وحجة وحديث مالك عن ابن شهاب عن عروة عن عائشة قالت خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام حجة الوداع فأهلنا بعمرة ثم قال رسول الله من كان معه هدى فليهل بالحج مع العمرة ثم لا يجزئ حتى يهل منهما جميعاً واحتجوا فقالوا ومعلوم أنه كان معه صلى الله عليه وسلم هدى ويبعد أن يأمر بالقران من معه هدى ويكون معه الهدى ولا يكون قارناً وحديث مالك أيضاً عن نافع عن ابن عمر عن حفصة عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال اني قلات هدى وليت رأسي فلا أحل حتى أتحرمه نبي وقال أحد لأشك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان قارناً والتمتع أحب اليّ واحتج في اختياره التمتع بقوله عليه الصلاة والسلام لو استقبلت من أمرى ما استبريت ماسقت الهدى وجعلتها عمرة واحتج من طريق المعنى من رأى أن الافراد أفضل إن التمتع والقران رخصة ولذلك وجب فيهما الدم وإذا قلنا في وجوب هذا النسك وعلى من يجب وما شرط وجوبه ومتى يجب وفي أى وقت يجب ومن أى مكان يجب وقلنا بعد ذلك فيما يجتنبه المحرم بما هو محرم ثم قلنا أيضاً في أنواع هذا النسك يجب أن تقول في أول أفعال الحاج والمعتمر وهو الاحرام

في القول في الاحرام

واتفق جمهور العلماء على أن الغسل للاهلال سنة وأنه من أفعال المحرم حتى قال ابن نوار إن هذا الغسل للاهلال عن مالك أؤكد من غسل الجمعة وقال أهل الظاهر هو واجب وقال أبو حنيفة والثوري يجزئ منه الوضوء وحجة أهل الظاهر مرسل مالك من حديث أسماء بنت عميس أنها ولدت لمحمد بن أبي بكر بالبلاء فذكر ذلك أبو بكر لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال مرها فلتغتسل ثم تهل والأمر عندهم على الوجوب وعمدة الجمهور أن الأصل هو براءة النية حتى يثبت الوجوب بأمر لا مدفع فيه وكان عبد الله بن عمر يغتسل لحراره قبل أن يحرم ويدخله مكة ولو قوفه عشية يوم عرفة ومالك يرى هذه الأغتسلات الثلاث من أفعال المحرم واتفقوا على أن الاحرام لا يكون الا بنية واختلفوا هل تجزئ النية فيه من غير التلبية فقال مالك والشافعي تجزئ النية من غير التلبية وقال أبو حنيفة التلبية في الحج كالأكسيرة في الاحرام بالصلاة لأنه يجزئ عنده كل لفظ يقوم مقام التلبية كما يجزئ عنده في افتتاح الصلاة كل لفظ

يقوم مقام التكبير وهو كل ما يدل على التعظيم وانفق العلماء على أن لفظ تلبية رسول الله صلى الله عليه وسلم ليك اللهم ليك ليك لا شريك لك ليك ان الحمد والنعمة لك والملك لا شريك لك وهي من رواية مالك عن نافع عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم وهو أصح سنداً واختلافاً في أهل هي واجبة بهذا اللفظ أم لا فقال أهل الظاهر هي واجبة بهذا اللفظ ولا خلاف عند الجمهور في استحباب هذا اللفظ وإنما اختلفوا في الزيادة عليه أو في تبديله وأوجب أهل الظاهر رفع الصوت بالتلبية وهو مستحب عند الجمهور لما رواه مالك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أتاني جبريل فأمرني أن أمراً أعجاني ومن معي أن يرفعوا أصواتهم بالتلبية وبالأهلال وأجمع أهل العلم على أن تلبية المرأة فيأحكماه أبو عمر هو أن نسمع نفسها بالقول وقال مالك لا يرفع المحرم صوته في مساجد الجماعة بل يكفيه أن يسمع من يليه إلا في المسجد الحرام ومسجدي فانه يرفع صوته فيهما واستحب الجمهور رفع الصوت عند التقاء الرفاق وعند الاطلاع على شرف من الأرض وقال أبو حزم كان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يلقون الروحاء حتى تبسح حلقهم وكان مالك لا يرى التلبية من أركان الحج ويرى على تاركها دماً وكان غيره يراها من أركانها وحجة من رآها واجبة أن أفعاله صلى الله عليه وسلم إذا أتت بيانا لواجب أنها محمولة على الوجوب حتى يدل الدليل على غير ذلك لقوله عليه الصلاة والسلام خذوا عني مناسككم وهذا يحتاج من أوجب لفظه فيها فقط ومن لم يرفع وجوب لفظه فاعتمد في ذلك على ما روى من حديث جابر قال أهل رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكر التلبية التي في حديث ابن عمر وقال في حديثه والناس يزبدون على ذلك ليك ذا المعارج ونحوه من الكلام والنبي يسمع ولا يقول شيئاً وما روى عن ابن عمر أنه كان يزبد في التلبية وعن عمر بن الخطاب وعن أنس وغيره واستحب العلماء أن يكون ابتداء المحرم بالتلبية بأثر صلاة يصلها فكان مالك يستحب ذلك بأثر نافلة لما روى من مسنده عن هشام بن عروة عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يصلي في مسجد ذي الحليفة ركعتين فإذا استوت بهزأته أهل واختلفت الآثار في الموضوع الذي أحرم منه رسول الله صلى الله عليه وسلم بحجته من أقطار ذي الحليفة فقال قوم من مسجد ذي الحليفة بعد أن صلى فيه وقال آخرون إنما أحرم حين أطل على اليباء وقال قوم إنما أهل حين استوت بهزأته وسئل ابن عباس عن اختلافهم في ذلك فقال كل حدث لأهل أهله عليه الصلاة والسلام بل عن أول أهلال سمعه وذلك ان الناس يأتون متسابقين فعلى هذا لا يكون في هذا اختلاف ويكون الأهلال اثر الصلاة وأجمع فقهاء الأمصار على أن المسكى لا يزمه الأهلال حتى إذا خرج إلى المنى ليتصل لعمل الحج وعمدتهم ما رواه مالك عن ابن جريج أنه قال لعبد الله بن عمر رأيتك تفعل هنأربما لم أر أحداً يفعلها فذكر منها ورأيتك إذا كنت بمكة أهل الناس أذاروا الأهلال ولم تهل إلى يوم التروية فأجاب ابن عمر أما الأهلال فاني لم أر رسول الله صلى الله عليه وسلم يهل حتى تنبت بهزأته يريد حتى يتصل لعمل الحج ويروى مالك أن عمر بن الخطاب كان يأمر أهل مكة أن يهلا أذاروا الأهلال ولا خلاف عندهم ان المسكى لا يهل الا من جوف مكة اذا كان حاجاً وأما اذا كان معقراً فانهم أجمعوا على انه يزمه أن يخرج إلى الخلد ثم يحرم منه ليجتمع بين الخلد والحرم كما يجمع الحاج أعني لأنه يخرج إلى عرفة وهو حلال فاتفقوا على انها سنة المعقر واختلفوا ان لم يفعل فقال قوم يجوز به وعليه دم وبه قال

أبو حنيفة وابن القاسم وقال آخرون لا يجزيه وهو قول الثوري وأشهب وأما من يقطع المحرم التلبية فأنهم اختلفوا في ذلك فروى مالك أن علي بن أبي طالب رضي الله عنه كان يقطع التلبية إذا زاعت الشمس من يوم عرفة وقال مالك وذلك الأمر الذي لم يزل عليه أهل العلم ببلدنا وقال ابن شهاب كانت الأئمة أبو بكر وعمر وعثمان وعلى يقطعون التلبية عند زوال الشمس من يوم عرفة قال أبو عمر بن عبد البر واختلف في ذلك عن عثمان وعائشة وقال جمهور فقهاء الأمصار وأهل الحديث أبو حنيفة والشافعي والثوري وأحمد واسحق وأبو ثور وداود وابن أبي ليلى وأبو عبيد والطبري والحسن بن حي أن المحرم لا يقطع التلبية حتى يرمى جرة العقبة لما ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يزل يابى حتى رمى جرة العقبة لأنهم اختلفوا متى يقطعها فقال قوم إذا رماها بأسرها لما روى عن ابن عباس أن الفضل بن عباس كان رديف رسول الله صلى الله عليه وسلم وأنه لم يرم حتى رمى جرة العقبة وقطع التلبية في آخر حصة وقال قوم بل يقطعها في أول جرة يلقيها روى ذلك عن ابن مسعود وروى في وقت قطع التلبية أقاويل غير هذه الآن هذين القولين هما المشهوران واختلفوا في وقت قطع التلبية بالعمرة فقال مالك يقطع التلبية إذا انتهى إلى الحرم وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي إذا افتتح الطواف وسلف مالك في ذلك ابن عمر وعروة وعمدة الشافعي أن التلبية معناها إجابة إلى الطواف بالبيت فلا تنقطع حتى يشرع في العمل وسبب الخلاف معارضة القياس لفعل بعض الصحابة وجمهور العلماء كما قلنا متفقون على إدخال المحرم الحج على العمرة ويختلفون في إدخال العمرة على الحج وقال أبو ثور لا يدخل حج على عمرة ولا عمرة على حج كما لا تدخل صلاة على صلاة فهذه هي أفعال المحرم بما هو محرم وهو أول أفعال الحج وأما الفعل الذي بعدهما فهو الطواف عند دخول مكة فلتنقل في الطواف

﴿ القول في الطواف بالبيت والكلام في الطواف في صفته وشروطه ﴾

وحكمه في الوجوب أو الندب وفي أفعاده ﴿

﴿ القول في الصفة ﴾

والجمهور مجمعون على أن صفة كل طواف واجبا كان أو غير واجب أن يبتدىء من الحجر الأسود فإن استطاع أن يقبله قبله أو يمسح يده ويقبلها أن أمكنه ثم يجعل البيت على يساره ويمضى على يمينه فيطوف سبعة أشواط يرمي في الثلاثة الأشواط الأول ثم يمضي في الأربعة وذلك في طواف القدوم على مكة وذلك للحاج وللعمر دون المقتنع وأنه لا رمل على النساء ويستلم الركن اليماني وهو الذي على قطر الركن الأسود لثبوت هذه الصفة من فعله صلى الله عليه وسلم واختلفوا في حكم الرمل في الثلاثة الأشواط الأول للقدم هل هو سنة أو فضيلة فقال ابن عباس هو سنة وبه قال الشافعي وأبو حنيفة واسحق وأحمد وأبو ثور واختلف قول مالك في ذلك وأصحابه والفرق بين القولين أن من جعله سنة أوجب في تركه الهم ومن لم يجعله سنة لم يوجب في تركه شيئا واحتج من لم ير الرمل سنة بحديث ابن الطفيل عن ابن عباس قال قلت لابن عباس زعم قومك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حين طاف بالبيت رمل وإن ذلك سنة فقال صدقوا وكذبوا قال قلت ما صدقوا وما كذبوا قال صدقوا رمل رسول الله صلى الله عليه وسلم حين طاف بالبيت وكذبوا ليس بسنة إن قرئنا من الحديث قالوا إن به وبأصحابه هذا لا وقد ادعى قبيعان

ينظرون الى النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه فيبلغ ذلك النبي صلى الله عليه وسلم فقال لأصحابه ارموا أوهم ان
بكم قوة فكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يرمل من الحجر الأسود الى البعثة فاذا اتوا رى عنهم مشى وحجة
الجهور حديث جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رمل الثلاثة الأشواط في حجة الوداع ومشى أربعة
وهو حديث ثابت من رواية مالك وغيره قالوا وقد اختلف على أبي الطفيل عن ابن عباس فروى عنه أن
رسول الله صلى الله عليه وسلم رمل من الحجر الأسود الى الحجر الأسود وذلك بخلاف الرواية الأولى وعلى
أصول الظاهرية يجب الرمل لقوله خنوا عني مناسككم وهو قولهم وأقول بعضهم الآن فيما ظن وأجمعوا
على أنه لا رمل على من أحرم بالحج من مكة من غير أهلها وهم المقتنعون لأنهم قسروا ما في حين دخولهم
حين طافوا للقدوم واختلفوا في أهل مكة هل عليهم اذا حجوا رمل أم لا فقال الشافعي كل طواف قبل
عرفة بما يوصل بينه وبين السي فانه رمل فيه وكان مالك يستحب ذلك وكان ابن عمر لا يرى عليهم رمل
اذا طافوا بالبيت على ما روى عنه مالك وسبب الخلاف هل الرمل كان لعة أو لغير لعة وهل هو شخص
بالمسافر أم لا وذلك أنه كان عليه الصلاة والسلام حين رمل واداعى مكة وانفقوا على أن من سنة
الطواف استلام الركنين الأسود والبياني للرجال دون النساء واختلفوا هل تستلم الأركان كلها أم لا
فذهب الجمهور الى أنه انما يستلم الركنان فقط لحديث ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يكن يستلم
الا الركنين فقط واحتج من رأى استلام جميعها بما روى عن جابر قال كنا نرى اذ طافنا أن تستلم الأركان
كلها وكان بعض السلف لا يجب أن يستلم الركنين الا في الوتر من الأشواط وكذلك أجمعوا على أن تقبيل
الحجر الأسود خاصة من سنن الطواف ان قدر وان لم يقدر على الدخول اليه قبل بدئه وذلك لحديث عمر
ابن الخطاب الذي رواه مالك أنه قال وهو يطوف بالبيت حين بلغ الحجر الأسود انما أتت حجر ولولا أنى رأيت
رسول الله قبلك ما قبلتك ثم قبله وأجمعوا على أن من سنة الطواف ركعتين بعد انقضاء الطواف وجهورهم
على أنه يأتي بها الطائف عند انقضاء كل أسبوع ان طاف أكثر من أسبوع واحد وأجاز بعض السلف
أن لا يفرق بين الأسابيع وأن لا يفصل بينهما ركوع ثم ركع لكل أسبوع ركعتين وهو مروي عن
عائشة أنها كانت لا تفرق بين ثلاثة الأسابيع ثم تركعتين ركعات وحجة الجمهور أن رسول الله صلى الله
عليه وسلم طاف بالبيت سبعاً صلى خلف المقام ركعتين وقال خنوا عني مناسككم وحجة من أجاز الجمع أنه قال
المقصود انما هو ركعتان لكل أسبوع والطواف ليس له وقت معلوم ولا الركنان المستويتان بعده فجاز
الجمع بين أكثر من ركعتين لأكثر من أسبوعين وانما استحب من يرى أن يفرق بين ثلاثة الأسابيع
لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم انصرف الى الركعتين بعدوتر من طوافه ومن طاف أسبوعين غير وتر
ثم عاد اليها لم ينصرف عن وتر من طوافه ﴿ القول في شرطه ﴾

وأما شرطه فان منها أحد موضعه وجهور العلماء على أن الحجر من البيت وان من طاف بالبيت لم يزد ادخال
الحجر فيه وأنه شرط في حجة طواف الافاضة وقال أبو حنيفة وأصحابه هو سنة وحجة الجمهور ما رواه مالك
عن عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لولا حدثان قومك بالكفر لهدمت الكعبة ولصبرتها على
قواعد إبراهيم فانهم تركوا منها سبعة أذرع من الحجر ضلقت بهم الثقة واخشب وهو قول ابن عباس وكان
يحتج بقوله تعالى وليطوفوا بالبيت العتيق ثم يقول طاف رسول الله صلى الله عليه وسلم من وراء الحجر

وحجة أبي حنيفة ظاهر الآية وأما وقت جوازه فأنهم اختلفوا في ذلك على ثلاثة أقوال أحدها اجازة الطواف بعد الصبح والعصر ومنعه وقت الطلوع والغروب وهو مذهب عمر بن الخطاب وأبي سعيد الخدري وبه قال مالك وأصحابه وجاعة والقول الثاني كراهيته بعد الصبح والعصر ومنعه عند الطلوع والغروب وبه قال سعيد بن جبير ومجاهد وجاعة والقول الثالث اباحته ذلك في هذه الأوقات كلها وبه قال الشافعي وجاعة وأصول أدلتهم راجعة الى منع الصلاة في هذه الأوقات وإباحتها أما وقت الطلوع والغروب فالآثار متفقة على منع الصلاة فيها والطواف هل هو ملحق بالصلاة في ذلك الخلاف وما احتجبت به الشافعية حديث جبير بن مطعم أن النبي عليه الصلاة والسلام قال يا بني عبدمناف أوياني عبدالمطلب إن وليتم من هذا الأمر شيئاً فلا تمنوا أحد طواف بهذا البيت أن يصلي فيه أي ساعة شاء من ليل أو نهار رواه الشافعي وغيره عن ابن عينة بسنده الى جبير بن مطعم واختلقوا في جواز الطواف بغير طهارة مع اجماعهم على أن من سنته الطهارة فقال مالك والشافعي لا يجوز طواف بغير طهارة لأعمداً ولا سهواً وقال أبو حنيفة يجوز ويستحب له الاعادة وعليه دم وقال أبو ثور إذا طاف على غير وضوء أجزأه طوافه إن كان لا يعلم ولا يجزئه إن كان يعلم والشافعي يشترط طهارة ثوب الطائف كاشتراط ذلك للصلى وعمدة من شرط الطهارة في الطواف قوله صلى الله عليه وسلم للحائض وهي أسماء بنت عميس اصنعي ما يصنع الحاج غير أن لا تطوف بالبيت وهو حديث صحيح وقد يحتجون أيضاً بما روي أنه صلى الله عليه وسلم قال الطواف بالبيت صلاة إلا أن الله أحل فيه النطق فلا ينطق إلا بخير وعمدة من أجاز الطواف بغير طهارة إجماع العلماء على جواز السعي بين الصفا والمروة من غير طهارة وأنه ليس كل عبادة يشترط فيها الطهر من الخيض من شرطها الطهر من الحدث أصله الصوم

والقول في أعداده وأحكامه

وأما أعداده فإن العلماء أجمعوا على أن الطواف ثلاثة أنواع طواف القدوم على مكة وطواف الافاضة بعد رمي جرة العقبة يوم النحر وطواف الوداع وأجمعوا على أن الواجب منها الذي يفوت الحج بقواته هو طواف الافاضة وأنه المعنى بقوله تعالى (ثم ليقضوا تقصم وليوفوا نذورهم وليطوفوا بالبيت العتيق) وأنه لا يجزئ عنه دم وجهورهم على أنه لا يجزئ طواف القدوم على مكة عن طواف الافاضة اذ انسى طواف الافاضة لكونه قبل يوم النحر وقالت طائفة من أصحاب مالك أن طواف القدوم يجزئ عن طواف الافاضة كأهم رأوا أن الواجب انما هو طواف واحد وجهور العلماء على أن طواف الوداع يجزئ عن طواف الافاضة إن لم يكن طاف طواف الافاضة لأنه طواف بالبيت معمول في وقت طواف الوجوب الذي هو طواف الافاضة بخلاف طواف القدوم الذي هو قبل وقت طواف الافاضة وأجمعوا فيها حكاه أبو عمر بن عبد البر أن طواف القدوم والوداع من سنة الحاج لاختلاف فوات الحج فانه يجزئ عنه طواف الافاضة واستحب جاعة من العلماء لمن عرض له هذا أن يرمي في الأشواط الثلاثة من طواف الافاضة على سنة طواف القدوم من الرمل وأجمعوا على أن المسكى ليس عليه الاطواف الافاضة كما أجمعوا على أنه ليس على المعقر الاطواف القدوم وأجمعوا أن من تمتع بالعمرة الى الحج إن عليه طوافين طوافاً للعمرة ولخمسها وطوافاً للحج يوم النحر على ما في حديث عائشة المشهور وأما المفرد للحج فليس عليه الاطواف واحد كما قلنا يوم النحر واختلفوا في القارن فقال مالك والشافعي وأحمد

وأبو توير يجزئ القارن طواف واحد وسعى واحد وهو منهج عبدالله بن عمر وجابر وعمدتهم حديث عائشة المتقدم وقال الثوري والأوزاعي وأبو حنيفة وابن أبي ليلى على القارن طوافان وسعيان ورووا هذا عن علي وابن مسعود لأنهما نسكان من شرط كل واحد منهما إذا انفرد طوافه وسعيه فوجب أن يكون الأمر كذلك إذا اجتمعا فهذا هو القول في وجوب هذا الفعل وصفته وشروطه وعدده ووقته وصفته والذي يتأوهذا الفعل من أفعال الحج أعنى طواف القدوم هو السعى بين الصفا والمروة وهو الفعل الثالث للإحرام فلتنقل فيه

﴿ القول في السعى بين الصفا والمروة والقول في السعى في حكمه وفي شروطه وفي ترتيبه ﴾

﴿ القول في حكمه ﴾

أما حكمه فقال مالك والشافعي هو واجب وإن لم يسع كان عليه حج قابل وبه قال أحمد واسحق وقال الكوفيون هو سنة وإذا رجع إلى بلاده ولم يسع كان عليه دم وقال بعضهم هو تطوع ولا شيء على تاركه فعمدة من أوجب ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يسعى ويقول اسعوا فإن الله كتب عليكم السعى روى هذا الحديث الشافعي عن عبدالله بن المؤمل وأيضا فإن الأصل أن أفعاله عليه الصلاة والسلام في هذه العبادة محمولة على الوجوب إلا ما أخرجه الدليل من صماع أو إجماع أو قياس عند أصحاب القياس وعمدة من لم يوجب قوله تعالى (أن الصفا والمروة من شعائر الله فمن حج البيت أو اعتمر فلا جناح عليه أن يطوف بهما) قالوا إن معناه أن لا يطوف وهي قراءة ابن مسعود وكأقل سبحانه (بين الله لكم أن تضلوا) معناه أي لا تضلوا وضعفوا حديث ابن المؤمل وقالت عائشة الآية على ظاهرها وانما نزلت في الأنصار نخرجوا أن يسعوا بين الصفا والمروة على ما كانوا يسعون عليه في الجاهلية لأنه كان موضع ذباح المشركين وقد قيل أنهم كانوا لا يسعون بين الصفا والمروة تعظيما لبعض الأصنام فسألوا عن ذلك فزلت هذه الآية مبيحة لهم وانما صار الجمهور إلى أنها من أفعال الحج لأنها صفة فعله صلى الله عليه وسلم تواترت بذلك الآثار أعنى وصل السعى بالطواف

﴿ القول في صفته ﴾

وأما صفته فإن جمهور العلماء على أن من سنة السعى بين الصفا والمروة أن ينحدر الرائي على الصفا بعد الفراغ من النساء فيمشي على جبلته حتى يبلغ بطن المسيل فيرمل فيه حتى يقطعه إلى ما يلي المروة فإذا قطع ذلك وجاوزه مشى على سجيته حتى يأتي المروة فيرق عليها حتى يبدو له البيت ثم يقول عليها بخوا بما قاله من النساء والتكبير على الصفا وإن وقف أسفل المروة أجزأه عند جمعهم ثم ينزل عن المروة فيمشي على سجيته حتى ينتهي إلى بطن المسيل فإذا انتهى إليه رمل حتى يقطعه إلى الجانب الذي يلي الصفا فيفعل ذلك سبع مرات يبدأ في كل ذلك بالصفا ويختم بالمروة فإن بدأ بالمروة قبل الصفا أثنى ذلك الشوط لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم نبدأ بالله نبدأ بالصفاير يدقوله تعالى (أن الصفا والمروة من شعائر الله) وقال عطاء بن جهم فبدأ بالمروة أجزأ عنه وأجمعوا على أنه ليس في وقت السعى قول محمود فإنه موضع دعاء وثبت من حديث جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان إذا وقف على الصفا يكبر ثلاثا ويقول لا إله إلا الله وحده لا شريك له له الملك وله الحمد وهو على كل شيء قدير يصنع ذلك ثلاث مرات

و يدعو ويصنع على المروة مثل ذلك ﴿القول في شروطه﴾

وأما شرطه فأنهم اتفقوا على أن من شرطه الطهارة من الحيض كالطواف سواء لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث عائشة أفعلى كل ما يفعل الحاج غير أن لا تطوف بالبيت ولا تسنى بين الصفا والمروة انفراد بهذه الزيادة يحى عن مالك دون من روى عنه هذا الحديث ولا خلاف بينهم ان الطهارة ليست من شرطه الا الحسن فإنه شبه بالطواف ﴿القول في ترتيبه﴾

وأما ترتيبه فان جمهور العلماء اتفقوا على أن السعى انما يكون بعد الطواف وان سعى قبل أن يطوف بالبيت يرجع فيطوف وان خرج عن مكة فان جهل ذلك حتى أصاب النساء في العمرة أو في الحج كان عليه حج قابل والهدى أو عمرة أخرى وقال الثوري ان فعل ذلك فلا شيء عليه وقال أبو حنيفة اذا خرج من مكة فليس عليه أن يعود وعليه دم فهذا هو القول في حكم السعى وصفته وشروطه المشهورة وترتيبه

﴿الخروج الى عرفة﴾

وأما الفعل الذي يلي هذا الفعل للحاج فهو الخروج يوم التروية الى منى والمبيت به ليلة عرفة واتفقوا على أن الامام يصلى بالناس بمضى يوم التروية الظهر والعصر والمغرب والعشاء بهم مقصورة الا أنهم أجمعوا على ان هذا الفعل ليس شرطاً في صحة الحج لمن ضاق عليه الوقت ثم اذا كان يوم عرفة مشى الامام مع الناس من منى الى عرفة ووقفوا بها ﴿الوقوف بعرفة﴾

والقول في هذا الفعل ينحصر في معرفة حكمه وفي صفته وفي شروطه أما حكم الوقوف بعرفة فأنهم أجمعوا على انه ركن من أركان الحج وان من فاته فعليه حج قابل والهدى في قول أكثرهم لقوله عليه الصلاة والسلام الحج عرفة وأما صفته فهو أن يصل الامام الى عرفة يوم عرفة قبل الزوال فاذا زالت الشمس خطب الناس ثم جمع بين الظهر والعصر في أول وقت الظهر ثم وقف حتى تغيب الشمس وانما اتفقوا على هذا لأن هذه الصفة هي مجمع عليها من فعله صلى الله عليه وسلم ولا خلاف بينهم أن إقامة الحج هي للسلطان الأعظم أو لمن يقيه السلطان الأعظم لذلك وأنه يصلى وراءه برا كان السلطان أو فاجراً أو مبتدعاً وان السنة في ذلك أن يأتى المسجد بعرفة يوم عرفة مع الناس فاذا زالت الشمس خطب الناس كما قلنا وجمع بين الظهر والعصر واختلفوا في وقت أذان المؤذن بعرفة للظهر والعصر فقال مالك يخطف الامام حتى يعضى صدره من خطبته أو بعضها ثم يؤذن المؤذن وهو يخطف وقال الشافعي يؤذن اذا أخذ الامام في الخطبة الثانية وقال أبو حنيفة اذا صعد الامام المنبر أمر المؤذن بالأذان فأذن كالحال في الجسعة فاذا فرغ المؤذن قام الامام يخطف ثم ينزل ويقم المؤذن الصلاة قال أبو ثور تنبيهها بالجمعة وقد حكى ابن نافع عن مالك أنه قال الأذان بعرفة بعد جلوس الامام للخطبة وفي حديث جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم لما زادت الشمس أمر بالقصواء فرحلت له وأتى بطن الوادي فخطب الناس ثم أذن بلال ثم أقام فصلى الظهر ثم أقام فصلى العصر ولم يصل بينهما شيئاً ثم راح الى الموقف واختلفوا هل يجمع بين هاتين الصلاتين بأذانين واقامتين أو بأذان واحد واقامتين فقال مالك يجمع بينهما بأذانين واقامتين وقال الشافعي وأبو حنيفة والثوري وأبو ثور وجاعة يجمع بينهما بأذان واحد واقامتين وروى عن مالك مثل قولهم وروى عن أحمد أنه يجمع بينهما باقامتين واجبة للشافعي حديث جابر الطويل في صفة حجه عليه الصلاة والسلام توفيته أنه صلى

الظهر والعصر بأذان واحد واقامتين كما قلنا وقول مالك مروى عن ابن مسعود وبجته ان الأصل هو أن تفر لكل صلاة بأذان واقامة ولا خلاف بين العلماء ان الامام لو لم يحطب يوم عرفة قبل الظهر ان صلاته جائزة بخلاف الجمعة وكذلك أجعوا ان القراءة في هذه الصلاة سر وأنهم مقصورة اذا كان الامام مسافرا واختلّفوا اذا كان الامام مكيّا هل يقصر بمبنى الصلاة يوم التروية وبعرفة يوم عرفة وبالزدلفة ليلة النحر ان كان من أحد هذه المواضع فقال مالك والأوزاعي وجاعة سنة هذه المواضع التقصير سواء كان من أهلها أو لم يكن وقال الثوري وأبو حنيفة والشافعي وأبو ثور وداود لا يجوز أن يقصر من كان من أهل تلك المواضع وحجة مالك انه لم يرو أن أحدا أتم الصلاة معه صلى الله عليه وسلم أعنى بعد سلامه منها وحجة الفريق الثاني البقاء على الأصل المعروف ان القصر لا يجوز إلا للسافر حتى يدل الدليل على التخصيص واختلف العلماء في وجوب الجمعة بعرفة ومعنى فقال مالك لا تجب الجمعة بعرفة ولا بمبنى أيام الحج للأهل مكة ولا لغيرهم إلا ان يكون الامام من أهل عرفة وقال الشافعي مثل ذلك إلا أنه يشترط في وجوب الجمعة أن يكون هنالك من أهل عرفة أربعون رجلا على مذهبه في اشتراط هذا العدد في الجمعة وقال أبو حنيفة اذا كان أمرا للحج عن لا يقصر الصلاة بمبنى ولا بعرفة صلى بهم فيها الجمعة اذا صادفها وقال أحد اذا كان والى مكة يجمع بهم وبه قال أبو ثور (وأما مشروطة) فهو الوقوف بعرفة بعد الصلاة وذلك انه لم يختلف العلماء أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعلم صلى الظهر والعصر بعرفة ارتفع فوقف بحجبه لهادعيا الى الله تعالى ووقف معه كل من حضر الى غروب الشمس وأنه لما استيقن غروبها وبأن له ذلك دفع منها الى المزدلفة ولا خلاف بينهم ان هذا هو سنة الوقوف بعرفة وأجمعوا على أن من وقف بعرفة قبل الزوال وأفاض منها قبل الزوال أنه لا يعتد بوقوفه ذلك وأنه ان لم يرجع فيقف بعد الزوال أو يقف من ليلته تاك قبل طلوع الفجر فقد فاته الحج وروى عن عبد الله بن عمر الديلي قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الحج عرفات فمن أدرك عرفة قبل أن يطلع الفجر فقد أدرك وهو حديث انفرد به هذا الرجل من الصحابة إلا أنه مجمع عليه واختلّفوا فيه من وقف بعرفة بعد الزوال ثم دفع منها قبل غروب الشمس فقال مالك عليه حج قابل إلا أن يرجع قبل الفجر وان دفع منها قبل الامام وبعد الغيوبه أجزأه بالجملة فشرط صحة الوقوف عنده هو أن يقف ليلا وقال جمهور العلماء من وقف بعرفة بعد الزوال خفجه تام وان دفع قبل الغروب إلا أنهم اختلفوا في وجوب السهم عليه وعمدة الجمهور حديث عروة بن مضر وهو حديث مجمع على صحته قال أنبأ رسول الله صلى الله عليه وسلم يجمع فقلت لمهل من حج فقال من صلى هذه الصلاة معنا ووقف هذا الموقف حتى تفيض أو أفاض قبل ذلك من عرفات ليلا أو نهرا فقد تم حجه وقضى تفه وأجمعوا على أن المراد بقوله في هذا الحديث نهرا أنه بعد الزوال ومن اشترط الليل احتج بوقوفه بعرفة صلى الله عليه وسلم حين غربت الشمس لكن الجمهور أن يقولوا ان وقوفه بعرفة الى المغرب قديما حديث عروة بن مضر أنه على جهة الأفضل اذا كان مخبرا بين ذلك وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم من طرق أنه قال عرفة كلها موقف وارتفعوا عن بطن عرنة والمزدلفة كلها موقف الا بطن محسر ومعنى كلها منحرج وخارج مكة منحرج ومبيت واختلف العلماء فيمن وقف من عرفة بعرفة غفيل حجه تام وعليه دم وبه قال مالك وقال الشافعي لا حجه له وعمدة من أبطل الحج النهى الوارد عن ذلك

في الحديث وعمدة من لم يبطله ان الأصل ان الوقوف بكل عرفه جائز الا ما قام عليه الدليل قالوا ولم يأت هذا الحديث من وجه تازم به بالحجة والخروج عن الأصل فهذا هو القول في السنن التي في يوم عرفة وأما الفعل الذي يلي الوقوف بعرفة من أفعال الحج فهو النهوض الى المزدلفة بعد غيبة الشمس وما يفعل بها فنقول فيه

﴿ القول في أفعال المزدلفة ﴾

والقول الجلي أيضا في هذا الموضع ينحصر في معرفة حكمه وفي صفته وفي وقته فأما كون هذا الفعل من أركان الحج فالأصل فيه قوله سبحانه (فاذكروا الله عند المشعر الحرام واذكروه كما هداكم) وأجمعوا على أن من بات بالمزدلفة ليلة النحر وجع فيها بين المغرب والعشاء مع الامام ووقف بعد صلاة الصبح الى الاسفار بعد الوقوف بعرفة ان حجه تام وذلك انها الصفة التي فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم واختلفوا اهل الوقوف بها بعد صلاة الصبح والمبيت بها من سنن الحج أو من فروضه فقال الأوزاعي وجاعة من التابعين هو من فروض الحج ومن فاته كان عليه حج قابل والهدى وفقهاء الأمصار يرون أنه ليس من فروض الحج وان من فاته الوقوف بالمزدلفة والمبيت بها فعليه دم وقال الشافعي ان دفع منها الى بعد نصف الليل الأول ولم يصل بها فعليه دم وعمدة الجمهور ما صح عنه أنه صلى الله عليه وسلم قدم ضعة أهله ليلا فلم يشاهدوا معه صلاة الصبح بها وعمدة الفريق الأول قوله صلى الله عليه وسلم في حديث عروة بن المخرم وهو حديث متفق على صحته من أدرك معناه هذه الصلاة يعني صلاة الصبح بجمع وكان قبا في قبل ذلك عرفات ليلا ونهارا فقد تم حجه وقضى نفسه وقوله تعالى (فاذا أفضت من عرفات فاذكروا الله عند المشعر الحرام واذكروه كما هداكم) ومن حجة الفريق الأول ان المسلمين قد أجمعوا على ترك الأخذ بجميع ما في هذا الحديث وذلك ان أكثرهم على أن من وقف بالمزدلفة ليلا ودفع منها الى قبل الصبح ان حجه تام وكذلك من بات فيها ونام عن الصلاة وكذلك أجمعوا على أنه لو وقف بالمزدلفة ولم يذكر الله ان حجه تام وفي ذلك أيضا ما يضعف احتجاجهم بظاهر الآية والمزدلفة وجع هما اسمان لهذا الموضع وستة الحج فيها كما قلنا أن يبيت الناس بها ويجمعون بين المغرب والعشاء في أول وقت العشاء ويفعلون بالصبح فيها

﴿ القول في رمي الجمار ﴾

وأما الفعل الذي بعده هذا فهو رمي الجمار وذلك ان المسلمين اتفقوا على أن النبي صلى الله عليه وسلم وقف بالمشعر الحرام وهي المزدلفة بعناصلي الفجر ثم دفع منها قبل طلوع الشمس الى منى وأنه في هذا اليوم وهو يوم النحر رمى جرة العقبة من بعد طلوع الشمس وأجمع المسلمون ان من رماها في هذا اليوم في ذلك الوقت أهني بعد طلوع الشمس الى زوالها فقام رماها في وقتها وأجمعوا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يرم يوم النحر من الجرات غيرها واختلفوا في رمي جرة العقبة قبل طلوع الفجر فقال مالك لم يبلغنا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص لأحد أن يرمي قبل طلوع الفجر ولا يجوز ذلك فان رماها قبل الفجر أعادها وبه قال أبو حنيفة وسفيان وأحمد وقال الشافعي لا بأس به وان كان المستحب هو بعد طلوع الشمس فحجة من منع ذلك فعلمه صلى الله عليه وسلم مع قوله خنوا عني مناسككم وما روى عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قدم ضعة أهله وقال لا تموا الجرة حتى تطلع الشمس وعمدة من جوز رميها قبل الفجر حديث أم سلمة أخرجه أبو داود وغيره وهو أن عائشة قالت أرسل رسول الله صلى الله

عليه وسلم لام سلمة يوم النحر فرمت الجرة قبل الفجر ومضت فأفاضت وكان ذلك اليوم الذي يكون رسول الله صلى الله عليه وسلم عندها وحديث أسماء انها رمت الجرة لبيل وقالت انا كافضه على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأجمع العلماء أن الوقت المستحب لرمي جرة العقبة هو من لدن طلوع الشمس الى وقت الزوال وانه ان رماها قبل غروب الشمس من يوم النحر أجزأ عنه ولا شيء عليه الا مالكا فإنه قال استحب له أن يريق دما واختلقوا فحين لم يرمها حتى غابت الشمس فرماها من الليل أو من الغد فقال مالك عليه دم وقال أبو حنيفة ان رمي من الليل فلا شيء عليه وان أخرها الى الغد فعليه دم وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي لا شيء عليه ان أخرها الى الليل أو الى الغد وحجتهم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص الرعاة الا بل في مثل ذلك أعني أن يرموا ليلا وفي حديث ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له السائل يا رسول الله رميت بعدما أمسيت قال له لا حرج وعنده مالك ان ذلك الوقت المتفق عليه الذي رمي فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم هو السنة ومن خالف سنة من سنن الحج فعليه دم على ما روى عن ابن عباس وأخذ به الجمهور وقال مالك ومعنى الرخصة للرعاة انما ذلك اذا مضى يوم النحر ورموا جرة العقبة ثم كان اليوم الثالث وهو أول أيام النفر فرخص لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يرموا في ذلك اليوم وليلوم الذي بعده فان نفروا فقد فرغوا وان أقاموا الى الغد رماهم الناس يوم النفر الأخير ونفروا ومعنى الرخصة للرعاة عند جماعة العلماء هو جمع يومين في يوم واحد الا أن مالكا انما يجمع عنده ما وجب مثل أن يجمع في الثالث فيرمي عن الثاني والثالث لأنه لا يقضى عنده الا ما وجب وخصص كثير من العلماء في جمع يومين في يوم سواء تقدم ذلك اليوم الذي أضيف الى غيره أو تأخر ولم يشبهوه بالقضاء وثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رمي في حجة الجرة يوم النحر ثم نحر يده ثم حلق رأسه ثم طاف طواف الافاضة وأجمع العلماء على أن هذا سنة الحج واختلفوا فحين قدم من هذه ما أخره النبي عليه الصلاة والسلام أو بالعكس فقال مالك من حلق قبل أن يرمي جرة العقبة فعليه الفدية وقال الشافعي وأحمد وداود وأبو ثور لا شيء عليه وعمدتهم ما رواه مالك من حديث عبد الله بن عمر أنه قال وقصر رسول الله صلى الله عليه وسلم للناس بمي والناس يسألونه فجاءه رجل فقال يا رسول الله لم أشعر فحلفت قبل أن أنحر فقال عليه الصلاة والسلام انحر ولا حرج ثم جاءه آخر فقال يا رسول الله لم أشعر فنهضت قبل أن أرمي فقال عليه الصلاة والسلام ارم ولا حرج قال فاستل رسول الله صلى الله عليه وسلم يومئذ عن شيء قدم أو أخر الا قال افعل ولا حرج وروى هذا من طريق ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم وعنده مالك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حكم على من حلق قبل محله من ضرور بالفدية فكيف من غير ضرورة مع أن الحديث لم يذكر فيه حلق الرأس قبل رمي الجار وعنده مالك ان من حلق قبل أن يذبح فلا شيء عليه وكذلك ان ذبح قبل أن يرمي وقال أبو حنيفة ان حلق قبل أن ينحر أو يرمي فعليه دم وان كان قارنا فعليه دمان وقال زفر عليه ثلاثة دماء دم للقران ودمان للحلق قبل النحر وقبل الرمي وأجمعوا على أن من نحر قبل أن يرمي فلا شيء عليه لأنه منصوص عليه الاماروى عن ابن عباس أنه كان يقول من قدم من حجه شيئا أو أخره فليهرق دما وانه من قبح الافاضة قبل الرمي والحلق انه يلزمه إعادة الطواف وقال الشافعي ومن تابعه لا إعادة عليه وقال الأوزاعي اذا طاف للافاضة قبل أن يرمي جرة

العقبة ثم واقع أهلها أراق دما واتفقوا على أن جلة ما يرميه الحاج سبعون حصاة منها في يوم النحر جرة العقبة بسبع وإن رمى هذه الجرة من حيث تيسر من العقبة من أسفلها أو من أعلاها أو من وسطها كل ذلك واسع والموضع المختار منها بطن الوادي لما جاء في حديث ابن مسعود أنه استبطن الوادي ثم قال من ههنا والذي لا اله غيره رأيت النبي أتزلت عليه سورة البقرة يرمي وأجعوا على أنه بعيد الرمي اذ لم تقع الحصاة في العقبة وأنه يرمى في كل يوم من أيام التشريق ثلاث جبار واحد وعشرين حصاة كل جرة منها بسبع وأنه يجوز أن يرمى بها يومين وينفر في الثالث لقوله تعالى (فمن تعجل في يومين فلائمه عليه) وقدرها عندهم أن يكون في مثل حصي الخنثى لما روي من حديث جابر وابن عباس وغيرهم أن النبي عليه الصلاة والسلام رمى الجار بمثل حصي الخنثى والسنة عندهم في رمي الجرات كل يوم من أيام التشريق أن يرمى الجرة الأولى فيقف عندها ويدعو وكذلك الثانية ويطلق المقام ثم يرمى الثالثة ولا يقف لما روي في ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه كان يفعل ذلك في رميه والتكبير عندهم عن يرمي كل جرة حسن لأنه يروى عنه عليه الصلاة والسلام وأجمعوا على أن من سنة رمي الجار الثلاث في أيام التشريق أن يكون ذلك بعد الزوال واختلفوا إذا رماها قبل الزوال في أيام التشريق فقال جمهور العلماء من رماها قبل الزوال أعاد رميها بعد الزوال وروى عن أبي جعفر محمد بن علي أنه قال يرمى الجار من طلوع الشمس إلى غروبها وأجمعوا على أن من لم يرم الجار أيام التشريق حتى تغيب الشمس من آخرها أنه لا يرميها بعد واختلفوا في الواجب من الكفارة فقال مالك أن من ترك رمي الجار كلها أو بعضها أو واحدة منها فعليه دم وقال أبو حنيفة أن ترك كلها كان عليه دم وإن ترك جرة واحدة فصاعدا كان عليه لكل جرة اطعام مسكين نصف صاع حنطة إلى أن يبلغ ما يترك الجميع الاجرة العقبة فمن تركها فعليه دم وقال الشافعي عليه في الحصاة دم من طعام وفي حصاتين مذان وفي ثلاث دم وقال الثوري مثله إلا أنه قال في الرابعة الدم ورخصت طائفة من التابعين في الحصاة الواحدة ولم يروا فيها شيئا والجهة لهم حديث سعد بن أبي وقاص قال خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في حجة فبعضنا يقول رميت بسبع وبعضنا يقول رميت بست فلم يعب بعضنا على بعض وقال أهل الظاهر لاشئ في ذلك والجمهور على أن جرة العقبة ليست من أركان الحج وقال عبد الملك من أصحاب مالك هي من أركان الحج فبذلك هي جلة أفعال الحج من حين الاحرام إلى أن يحل والتحل تحللان تحلل أكبر وهو طواف الافاضة وتحلل أصغر وهو رمي جرة العقبة وسند كرماني هذا من الاختلاف

﴿ القول في الجنس الثالث ﴾

وهو الذي يتضمن القول في الأحكام وقد نفي القول في حكم الاختلالات التي تقع في الحج وأعظمها في حكم من شرع في الحج فخنعه بمرض أو بعدت أوقاته وقت الفعل الذي هو شرط في صحة الحج أو أفسد حجه بآتيانه بعض المخطورات المفسدة للحج أو لا لفعل التي هي ترك أو أفعال فلبتديء من هذه بما هو نص في الشريعة وهو حكم المحصر وحكم قاتل الصيد وحكم الخالق رأسه قبل محل الخلق والقائه التفت قبل أن يحل وقد يدخل في هذا الباب حكم للمقتنع وحكم القارن على القول بأن وجوب الهدى في هذه هو لمكان الرخصة

﴿ القول في الاحصار ﴾

وأما الإحصار فالأصل فيه قوله سبحانه (فإن أحصرتم فما استيسر من الهدى) إلى قوله (فاذا أمنتُم فمن تمتع بالعمرة إلى الحج فما استيسر من الهدى) فنقول اختلف العلماء في هذه الآية اختلافا كثيرا وهو السبب في اختلافهم في حكم المحصر بمرض أو بعدو فأول اختلافهم في هذه الآية هل المحصر ههنا هو المحصر بالعدو أو المحصر بالمرض فقال قوم المحصر ههنا هو المحصر بالعدو وقال آخرون بل المحصر ههنا هو المحصر بالمرض فأما من قال إن المحصر ههنا هو المحصر بالعدو فاحتجوا بقوله تعالى بعد ذلك (فإن كان منكم مريضا أو به أذى من رأسه) قالوا فلو كان المحصر هو المحصر بمرض لما كان لذكر المرض بعد ذلك فائدة واحتجوا أيضا بقوله سبحانه (فاذا أمنتُم فمن تمتع بالعمرة إلى الحج) وهذه حجة ظاهرة ومن قال إن الآية إنماوردت في المحصر بالمرض فإنه زعم أن المحصر هو من أحصر ولا يقال أحصر في العدو وإنما يقال حصره العدو وأحصره المرض قالوا وإنما ذكر المرض بعد ذلك لأن المرض صنفان صنف محصر وصنف غير محصر وقالوا معنى قوله فاذا أمنتُم معناه من المرض وأما القرين الأول فقالوا عكس هذا وهو أن أفعال بدأ وفعل في الشيء الواحد اتمايا في المعنيين أما فعل فاذا وقع بغيره فعلا من الأفعال وأما الفعل فاذا عرّضه لوقوع ذلك الفعل به يقال قتله إذا فعل به فعل القتل وأقبله إذا عرّضه للقتل وإذا كان هذا هكذا فاحصر أحق بالعدو وحصر أحق بالمرض لأن العدو إنما عرّض للاحصار والمرض فهو فاعل الإحصار وقالوا لا يطلق الأمن إلا في ارتفاع الخوف من العدو وإن قيل في المرض فاستعارة ولا يصار إلى الاستعارة إلا بالأمس بوجوب الخروج عن الحقيقة وكذلك ذكر حكم المريض بعد الحصر الظاهر منه أن المحصر غير المريض وهذا هو مذهب الشافعي والمذهب الثاني مذهب مالك وأبي حنيفة وقال قوم بل المحصر ههنا المنوع من الحج بأي نوع امتنع إما بمرض أو بعدو أو بخطأ في العدو وبغير ذلك وجهور العلماء على أن المحصر عن الحج ضرر بأن أحصر بمرض وإما يحصر بعدو فأما المحصر بالعدو فاتفق الجمهور على أنه يحمل من عمرته أو حجه حيث أحصر وقال الثوري والحسن بن صالح لا يتحلل إلا في يوم النحر والذين قالوا يتحلل حيث أحصر اختلفوا في إيجاب الهدى عليه وفي موضع نحره إذا قيل بوجوبه وفي إعادة ما حصر عنه من حج أو عمرة فنذهب مالك إلى أنه لا يجب عليه هدى وإن كان معه هدى نحره حيث حل وذهب الشافعي إلى إيجاب الهدى عليه وبه قال أشهب واشترط أبو حنيفة بذبحه في الحرم وقال الشافعي حيثما حل وأما الإعادة فإن مالك يرى أن الإعادة عليه وقال قوم عليه الإعادة وذهب أبو حنيفة إلى أنه إن كان أحرم بالحج فعليه حجة وعمرة وإن كان قارنا فعليه حج وعمرة وإن كان معبرا قضى عمرته وليس عليه عند أبي حنيفة ومحمد بن الحسن تقصير واختار أبو يوسف تقصيره وعمدة مالك في أن الإعادة عليه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حل هو وأصحابه بالحديبية فزحروا الهدى وحلقوا رؤسهم وحلوا من كل شيء قبل أن يطوفوا بالبيت وقبل أن يصل إليه الهدى ثم لم يعلم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر أحد من الصحابة ولا ممن كان معه أن يقضى شيئا ولأن يهودي شئ وعمدة من أوجب عليه الإعادة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم اعتمر في العام المقبل من عام الحديبية قضاء لتلك العمرة ولذلك قيل لها عمرة القضاء واجماعهم أيضا على أن المحصر بمرض أو ما أشبهه عليه القضاء بسبب الخلاف

هو هل قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أو لم يقض وهل ثبت القضاء بالقياس أم لا وذلك ان جمهور العلماء على أن القضاء يجب بأمر ثان غير أمر الأداء وأما من أوجب عليه الهدى فبناء على ان الآية وردت في المحصر بالعدو وعلى انها عامة لأن الهدى فيها نص وقد احتج هؤلاء بنحو الثاني صلى الله عليه وسلم وأصحابه الهدى عام الحديبية حين احصروا وأجاب الفريق الآخر أن ذلك الهدى لم يكن هدى تحلل وإنما كان هديا سيقى ابتداء وحجة هؤلاء ان الأصل هو أن لا هدى عليه إلا أن يقوم الدليل عليه وأما اختلافهم في مكان الهدى عند من أوجب فالأصل فيه اختلافهم في موضع بحر رسول الله صلى الله عليه وسلم هديه عام الحديبية فقال ابن اسحق نحره في الحرم وقال غيره انما نحره في الحل واحتج بقوله تعالى (هم الذين كفروا وصدوكم عن المسجد الحرام والهدى معكوفاً أن يبلغ محله) وانما ذهب أبو حنيفة إلى أن من أحصر عن الحج ان عليه سحابة وعمره لأن المحصر قد فسخ الحج في عمره ولم يتم واحد منهما فهذه هو حكم المحصر بعدد عند الفقهاء وأما المحصر بمرض فان مذهب الشافعي وأهل الحجاز أنه لا يحله الا الطواف بالبيت والنسي ما بين الصفا والمروة وأنه بالجملة يتحلل بعمره لأنه اذا فاته الحج بطول مرضه انقلب عمره وهو مذهب ابن عمر وعائشة وابن عباس وخالف في ذلك أهل العراق فقالوا يحل مكانه وحكمه حكم المحصر بعدد أعني ان يرسل هديه ويقدر يوم نحره ويحل في اليوم الثالث وبه قال ابن مسعود واحتجوا بحديث الحجاج بن عمرو الانصاري قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من كسر أو عرج فقد حل وعليه حجة أخرى وباجماعهم على أن المحصر بعدد ليس من شرط احلاله الطواف بالبيت والجمهور على أن المحصر بمرض عليه الهدى وقال أبو ثور وداد لاهدى عليه اعتمادا على ظاهر حكم هذا المحصر وعلى ان الآية الواردة في المحصر هو حصر العدو وأجمعوا على إيجاب القضاء عليه وكل من فاته الحج بخطأ من العدد في الأيام أو بخفاء اهلاله عليه أو غير ذلك من الاعذار فحكمه حكم المحصر بمرض عند مالك وقال أبو حنيفة من فاته الحج بعد غير المرض يحل بعمره ولا هدى عليه وعليه إعادة الحج والمكي المحصر بمرض عند مالك كغير المكي يحل بعمره وعليه الهدى وإعادة الحج وقال الزهري لا بد أن يقف بعمره وإن نكس نكسا (٧) وأصل مذهب مالك ان المحصر بمرض ان بقي على احواله الى العام المقبل حتى يحج حجة القضاء فلا هدى عليه فان تحلل بعمره فعليه هدى المحصر لأنه حلق رأسه قبل أن ينحر في حجة القضاء وكل من تأول قوله سبحانه (فاذا أمنت من فتن تمتع بالعمرة الى الحج) انه خطاب للمحصر وجب عليه أن يعتد على ظاهر الآية أن عليه هديين هديا لحلقه عند التحلل قبل نحره في حجة القضاء وهديا ليمتعه بالعمرة الى الحج وان حل في أشهر الحج من العمرة وجب عليه هدى ثالث وهو هدى ليمتعه الذي هو أحد أنواع نسك الحج وأما مالك رحمه الله فكان يتأول لمكان هذا أن المحصر انما عليه هدى واحد وكان يقول ان الهدى الذي في قوله سبحانه (فان أحصرتم فما استيسر من الهدى) هو بعينه الهدى الذي في قوله فاذا أمنت من فتن تمتع بالعمرة الى الحج فما استيسر من الهدى وفيه بعد في التأويل والظاهر ان قوله سبحانه فاذا أمنت من فتن تمتع بالعمرة الى الحج أنه في غير المحصر بل هو قوله لا بد الخ هكذا هذه العبارة في غالب النسخ ولينظر معناها وفي بعض ولا بد أن يعيد وجعل يابضا لباقي العبارة فليتأمل اه مصححه

في التمتع الحقيقي فكأنه قال فإذا لم تكونوا خائفين لكن تمتعتم بالعمرة إلى الحج فما استيسر من الهدى
وبدل على هذا التأويل قوله سبحانه (ذلك لمن لم يكن أهله حاضري المسجد الحرام) والمحصر يستوى
فيه حاصر المسجد الحرام وغيره باجتماع وقد قلنا في أحكام المحصر الذي نص الله عليه فلقط في أحكام
القاتل للصيد

﴿ القول في أحكام جزاء الصيد ﴾

فنقول ان المسلمين أجمعوا على أن قوله (يا أيها الذين آمنوا لا تقتلوا الصيد وأتم حرم ومن قتله منكم
متعمدا جزاء مثل ما قتل من النعم يحكم به ذوا عدل منكم هديا بالغ الكعبة أو كفارة طعام مساكين
أو عدل ذلك صيلما) هي آية محكمة واختلفوا في تفاصيل أحكامها وفيما يقاس على مفهومها مما لا يقاس
عليه فمنهم اختلفوا هل الواجب في قتل الصيد قيمته أم مثله فذهب الجمهور إلى أن الواجب المثل وذهب
أبو حنيفة إلى أنه خير بين القبة أعنى قيمة الصيد وبين أن يشتري به المثل ومنها اختلفوا في استئناف
الحكم على قاتل الصيد فيما حكم فيه السلف من الصحنه مثل حكمهم أن من قتل نعامه فعليه بدنة تشبهها
ومن قتل غزالا فعليه شاة ومن قتل بقرة وحشية فعليه أنسية فقال مالك يستأنف في كل ما وقع من
ذلك الحكم به وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي إن اجتزأ بحكم الصحنه ما حكموا فيه جاز ومنها هل الآية
على التخخير أو على الترتيب فقال مالك هي على التخخير وبه قال أبو حنيفة يريد أن الحكمين بخير إن
الذي عليه الجزاء وقال زفر هي على الترتيب واختلفوا هل يقوم الصيد والمثل إذا اختار الأطعام إن وجب
على القول بالوجوب فيشتري بجهته طعاما فقال مالك يقوم الصيد وقال الشافعي يقوم المثل ولم يختلفوا
في تقدير الصيام بالطعام بالجله وإن كانوا اختلفوا في التفصيل فقال مالك يصوم لكل مديوما وهو الذي
يطعم عندهم كل مسكين وبه قال الشافعي وأهل الحجاز وقال أهل الكوفة يصوم لكل مدين يوما وهو القدر
الذي يطعم كل مسكين عندهم واختلفوا في قتل الصيد خطأ هل فيه جزاء أم لا فالجمهور على أن فيه الجزاء
وقال أهل الظاهر لا جزاء عليه واختلفوا في الجماعة يشتركون في قتل الصيد فقال مالك إذا قتل جماعة
محرمون صيد أفعلى كل واحد منهم جزاء كامل وبه قال الثوري وجماعة وقال الشافعي عليهم جزاء واحد
وفرق أبو حنيفة بين المحرمين يقتلون الصيد وبين المحلين يقتلونه في الحرم فقال على كل واحد من المحرمين
جزاء وعلى المحلين جزاء واحد واختلفوا هل يكون أحد الحكمين قاتل الصيد فذهب مالك إلى أنه
لا يجوز وقال الشافعي يجوز واختلف أصحاب أبي حنيفة على القولين جميعا واختلفوا في موضع الأطعام
فقال مالك في الموضع الذي أصاب فيه الصيد إن كان ثم طعام والأقرب المواضع إلى ذلك الموضع
وقال أبو حنيفة حينما أطم وقال الشافعي لا يطعم إلا مساكين مكة وأجمع العلماء على أن الحرم إذا قتل
الصيدين عليه الجزاء النص في ذلك واختلفوا في الحلال يقتل الصيد في الحرم فقال جمهور فقهاء الأمصار
عليه الجزاء وقال داود وأصحابه لا جزاء عليه ولم يختلف المسلمون في تحريم قتل الصيد في الحرم
وانما اختلفوا في الكفارة وذلك لقوله سبحانه (أولم يروا أننا جللنا نحر ما أمنا) وقول رسول الله صلى
الله عليه وسلم إن الله حرم مكة يوم خلق السموات وجمهور فقهاء الأمصار على أن الحرم إذا قتل الصيد
وأكله أنه ليس عليه إلا كفارة واحدة وروى عن عطاء وطائفة أن فيه كفارتين فهذه هي مشهورات
المسائل المتعلقة بهذه الآية وأما الأسباب التي دعهم إلى هذا الاختلاف فنحن نشير إلى طرف منها

(فنقول) أما من اشترط في وجوب الجزاء أن يكون القتل عمداً فحجته أن اشتراط ذلك نص في الآية وأيضاً فإن العمد هو الموجب للعقاب والكفارات عقاباً وأما من أوجب الجزاء مع النسيان فلا حجة له إلا أن يشبه الجزاء عند اتلاف الصيد باتلاف الأموال فإن الأموال عند الجمهور تضمن خطأ ونسياناً لكن يعارض هذا القياس اشتراط العمد في وجوب الجزاء فقد أجاب بعضهم عن هذا أي العمد إنما اشترط لمكان تعلق العقاب المتصوص عليه في قوله (ذلك لينوق وبال أمره) وذلك لا معنى له لأن الوبال المنوق هو في الغرامة فسواء قتله خطأ أو متعمداً فذاق الوبال ولا خلاف أن الناسي غير معاقب وأكثر ما تازم هذه الحجة لمن كان من أصله أن الكفارات لا تثبت بالقياس فإنه لا دليل لمن أثبتتها على الناسي إلا القياس وأما اختلافهم في المثل هل هو الشبيه أو المثل في القبة فإن سبب الاختلاف أن المثل يقال على الذي هو مثل وعلى الذي هو مثل في القبة لكن حجة من رأى أنه الشبيه أقوى من جهة دلالة اللفظ أن انطلاق لفظ المثل على الشبيه في لسان العرب أظهر وأشهر منه على المثل في القبة لكن لمن حل ههنا المثل على القبة دلالات حركته إلى اعتقاد ذلك أحدها أن المثل الذي هو العدل هو منصوص عليه في الإطعام والصيام وأيضاً فإن المثل إذا حل ههنا على التعديل كان عاماً في جميع الصيد فإن من الصيد ما لا يليق له شبيه وأيضاً فإن المثل فيما لا يوجد له شبيه هو التعديل وليس يوجد للحيوان المصيد في الحقيقة شبيه إلا من جنسه وقد نص أن المثل الواجب فيه هو من غير جنسه فوجب أن يكون مثلاً في التعديل والقبة وأيضاً فإن الحكم في الشبيه قد فرغ منه فأما الحكم بالتعديل فهو شيء يختلف باختلاف الأوقات ولذلك هو كل وقت يحتاج إلى الحكمين المنصوص عليهما وعلى هذا في التقدير في الآية مشابهة فكانه قال ومن قتله منكم متعمداً فعليه قيمة ما قتل من النعم أو عدل القبة طعاماً أو عدل ذلك صيماً وأما اختلافهم هل المقدر هو الصيد أو مثله من النعم إذا قدر بالطعام فمن قال المقدر هو الصيد قال لأنه الذي لم يولد مثله رجع إلى تقديره بالطعام ومن قال أن المقدر هو الواجب من النعم قال لأن الشيء إنما تقدر قيمته إذا عدم بتقدير مثله أعني شبيهه وأما من قال إن الآية على التخيير فإنه التفت إلى حرف أو إذا كان مقتضاه في لسان العرب التخيير وأما من نظر إلى ترتيب الكفارات في ذلك فشهد بالكفارات التي فيها الترتيب باتفاق وهي كفارة الظهار والقتل وأما اختلافهم في هل يستأف الحكم في الصيد الواحد الذي قد وقع الحكم فيه من الصحابة فالسبب في اختلافهم هو هل الحكم شرعي غير معقول المعنى أم هذا معقول المعنى فمن قال هو معقول المعنى قال ما قد حكم فيه فليس يوجد شيء أشبه به منه مثل النعامة فإنه لا يوجد أشبه به من البدنة فلا معنى لإعادة الحكم ومن قال هو عبادة قال يعاد ولا بد منه وبه قال مالك وأما اختلافهم في الجماعة يشتركون في قتل الصيد الواحد فسببه هل الجزاء موجه هو التعدي فقط أو التعدي على جملة الصيد فمن قال التعدي فقط أوجب على كل واحد من الجماعة القاتلة للصيد جزاء ومن قال التعدي على جملة الصيد قال عليهم جزاء واحد وهذه المسئلة شبيهة بالقصاص في النصاب في السرقة وفي القصاص في الأعضاء وفي النفس وستأتي في مواضعها من هذا الكتاب إن شاء الله وتفرق أبي حنيفة بين المحرمين وبين غير المحرمين القاتلين في الحرم على جهة التعليل على المحرمين ومن أوجب على كل واحد من الجماعة جزاء فأنما نظر إلى سد الثرائع فإنه لو سقط عنهم الجزاء لكان من أراد أن يصيد في الحرم صادف جماعة وإذا قلنا إن الجزاء

هو كفارة الأثم فينصبه أنه لا يتبعض أثم قتل الصيد بالاشتراك فيه فيجب أن لا يتبعض الجزاء فيجب على كل واحد كفارة وأما اختلافهم في هل يكون أحد الحكمين قاتل الصيد فالسبب فيه معارضة مفهوم الظاهر لمفهوم المعنى الأصلي في الشرع وذلك أنه لم يشترطوا في الحكمين إلا العدالة فيجب على ظاهر هذا أن يجوز الحكم بمن يوجد فيه هذا الشرط سواء كان قاتل الصيداً وغير قاتل وأما مفهوم المعنى الأصلي في الشرع فهو أن المحكوم عليه لا يكون حاكماً على نفسه وأما اختلافهم في الموضوع فسيببه الإطلاق أعني أنه لم يشترط فيه موضع فمن شبهه بالزكاة في أنه حق للسالكين فقال لا ينقل من موضعه وأما من رأى أن المقصود بذلك إغماؤه الرفق بمساكين مكة قال لا يطعم الأمساكين مكة ومن اعتقد ظاهر الإطلاق قال يطعم حيث شاء وأما اختلافهم في الحلال يقتل الصيد في الحرم هل عليه كفارة أم لا فسيببه هل يقاس في الكفارات عند من يقول بالقياس وهل القياس أصل من أصول الشرع عند الذين يختلفون فيه فأهل الظاهر ينفون قياس قتل الصيد في الحرم على المحرم لمنعهم القياس في الشرع ويحجج على أصل أي حنيفة أن يمنع لمنعه القياس في الكفارات ولا خلاف بينهم في تعلق الأثم به لقوله سبحانه (أولم يروا أنابعلنا حرماً آمنأوا يتخطف الناس من حو لهم) وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم إن الله حرم مكة يوم خلق السموات والأرض وأما اختلافهم فيمن قتله ثم أكله هل عليه جزاء وإحداهم جزاء أن فسيببه هل أكله تعدان عليه سوى تعدى القتل أم لا وإن كان تعدياً فهل هو مسأول للتعدى الأول أم لا وذلك أنهم اتفقوا على أنه إن أكل أثم ولما كان النظر في كفارة الجزاء يشتمل على أربعة أركان معرفة الواجب في ذلك ومعرفة من تجب عليه ومعرفة الفعل الذي لأجله يجب ومعرفة محل الوجوب وكان قد تقدم الكلام في أكثر هذه الأجناس وبقى من ذلك أمران أحدهما اختلاف في بعض الواجبات من الأمثال في بعض المصيدات والثاني ما هو صيد مما ليس بصيد يجب أن ينظر فيما بقي علينا من ذلك فمن أصول هذا الباب ما روى عن عمر بن الخطاب أنه قضى في الضبع بكش وفي الغزال بعز وفي الأرنب بعناق وفي البربوع بجفرة والبربوع دويبة لها أربع قوائم وذنب تحت كاحل الشاة وهي من ذوات الكروش والعز عند أهل العلم من المعز ما قد ولد أو لم يولد والجفرة والعناق من المعز فالجفرة مأكل واستغنى عن الرضاع والعناق قيل فوق الجفرة وقيل دونها وخالف مالك هذا الحديث فقال في الأرنب والبربوع لا يقومان إلا بما يجوز هدياً أو نحرية وذلك الجذع فخافوه من الضأن والثني فخافوه من الأبل والبقرو حجة مالك قوله تعالى (هديا بالغ الكعبة) ولم يختلفوا أن من جعل على نفسه هدياً أنه لا يحز به أقل من الجذع فخافوه من الضأن والثني بمساواه وفي صغار الصيد عند مالك مثل ما في كباره وقال الشافعي يقدى صغار الصيد بالثلث من صغار النعم وكبار الصيد بالكبار منها وهو مروي عن عمر وعثمان وعلي وابن مسعود وحجته أنها حقيقة المسئل فعنده في النعامة الكبيرة بدنة وفي الصغيرة فصيل وأبو حنيفة على أصله في القيمة واختلفوا من هذا الباب في جام مكة وغيره فقال مالك في جام مكة شاة وفي جام الحل حكومة واختلاف قول ابن القاسم في جام الحرم غير مكة فقال مرة شاة حكماء مكة ومرة قال حكومة حكماء الحل وقال الشافعي في كل جام شاة وفي جام سوى الحرم قيمته وقال داود كل شيء لا مثله من الصيد فلا جزاء فيه إلا الحمام فإن فيه شاة ولعله ظن ذلك إجماعاً فإنه روى عن عمر بن الخطاب ولا تخافله من الصحابة

وروى عن عطاء أنه قال في كل شيء من الطير شاة واختلفوا من هذا الباب في بيض النعامة فقال مالك أرى في بيض النعامة عشر ثمن البينة وأبو حنيفة على أصله في القبة ووافقه الشافعي في هذه المسئلة وبه قال أبو ثور وقال أبو حنيفة ان كان فيها فرخ ميت فعليه الجزاء أغنى جزاء النعامة واشترط أبو ثور في ذلك أن يخرج حيا ثم يموت وروى عن علي أنه قضى في بيض النعامة بأن يرسل الفحل على الأبل فإذا تبين لقاحها سميت ما أصبت من البيض فقلت هذا هدى ثم ليس عليك ضمان ما فسد من الجمل وقال عطاء من كانت له ابل فالقول قول علي والافني كل بيضة درهمان قال أبو عمر وقدرى عن ابن عباس عن كعب بن عجرة عن النبي عليه الصلاة والسلام في بيض النعامة يصيبه المحرم ثمنه من وجه ليس بالقوى وروى عن ابن مسعود ان فيه القبة قال وفيه أثر ضعيف وأكثر العلماء على أن الجراد من صيد البر يجب على المحرم فيه الجزاء واختلفوا في الواجب من ذلك فقال عمر رضى الله عنه قبضة من طعام وبه قال مالك وقال أبو حنيفة وأصحابه ثمرة خير من جرادة وقال الشافعي في الجراد قبضته وبه قال أبو ثور إلا أنه قال كل ما صدق به من حفنة طعام أو ثمرة فهو له قبضة وروى عن ابن عباس ان فيها ثمرة مثل قول أبي حنيفة وقال الربيعه فيها صاع من طعام وهو شاذ وقروى عن ابن عمر ان فيها شوبهة وهو أيضا شاذ فهذه هي مشهورات ما اتفقوا على الجزاء فيه واختلفوا فيها هو الجزاء فيه وأما اختلافهم فيما هو صيد مما ليس بصيد وفيما هو من صيد البحر مما ليس منه فاتهم اتفقوا على أن صيد البر محرم على المحرم إلا الخس الفواسق المنصوص عليها واختلفوا فيما يلحق بها مما ليس يلحق وكذلك اتفقوا على أن صيد البحر حلال كله للمحرم واختلفوا فيما هو من صيد البحر مما ليس منه وهذا كله لقوله تعالى (أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعا لكم وللسيارة وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما) ونحن نذكر مشهور ما اتفقوا عليه من هذين الجنسيتين وما اختلفوا فيه (فنقول) ثبت من حديث ابن عمر وغيره أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال خمس من الدواب ليس على المحرم جناح في قتلهن الغراب والحدأة والعقرب والفأرة والكلب العقور واتفق العلماء على القول بهذا الحديث وجهورهم على القول بباحة قتل ما تضمنه لكونه ليس بصيد وان كان بعضهم اشترط في ذلك أوصافا ما واختلفوا هل هذا من باب الخصاص أم يدر به الخصاص أم يدر به العام والذين قالوا هو من باب الخصاص أريد به العام اختلفوا في أي عام أريد بذلك فقال مالك الكلب العقور الوارد في الحديث إشارة الى كل سبع عاد وأن ما ليس بعاد من السباع فليس للمحرم قتله ولم يرقل صغارها التي لا تعسرو ولا ما كان منها أيضا لا يعسرو واختلف بينهم في قتل الحية والافني والاسود وهو مروى عن النبي عليه الصلاة والسلام من حديث أبي سعيد الخدري قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم تقتل الافني والاسود وقال مالك لا أرى قتل الوزغ والاخبار بقتلها متواترة لكن مطلقا في الحرم ولذلك توقف فيها مالك في الحرم وقال أبو حنيفة لا يقتل من الكلاب العقورة إلا الكلب الانسى والذئب وشنت طائفة فقالت لا يقتل إلا الغراب الأبقع وقال الشافعي كل محرم الاكل فهو في معنى الخس وعمدة الشافعي أنه انما يحرم على المحرم ما أحل للحلال وأن المباحة الأكل لا يجوز قتلها باجتماع نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صيد البهائم وأما أبو حنيفة فلم يفهم من اسم الكلب الانسى فقط بل من معناه كل ذئب وحشى واختلفوا في الزنبور

فبعضهم شبهه بالعقرب وبعضهم رأى أنه أضغف نكابة من العقرب وبالجملة فالنصوص عليها تتضمن أنواعا من الفساد فمن رأى أنه من باب الاختصاص يريد به العام ألحق بواحد واحد منها ما يشبهه إن كان له شبه ومن لم يرد ذلك قصر النهي على المنطوق به وشئت طائفة فقالت لا يقتل إلا الغراب الأبقع فخصت عموم الاسم الوارد في الحديث الثابت بما روى عن عائشة أنه عليه الصلاة والسلام قال خمس يقتلن في الحرم فذكر فيهن الغراب الأبقع وشذ النخعي فنعى الحرم قتل الصيد إلا الفأرة وأما اختلافهم فيما هو من صيد البحر مما ليس هو منه فاتهم اتفقوا على أن السمك من صيد البحر واختلفوا فيما عدا السمك وذلك بناء منهم على أن ما كان منه يحتاج إلى ذكاة فليس من صيد البحر وأكثر ذلك ما كان محرما ولا خلاف بين من يحل جميع ما في البحر في أن صيده حلال وإنما اختلف هؤلاء فيما كان من الحيوان يعيش في البر وفي الماء بأي الحكمين يلحق وقياس قول أكثر العلماء أنه يلحق بالذي عيشه فيه غالبا وهو حيث يولد والجهور على أن طير الماء محكوم له بحكم حيوان البر وروى عن عطاء أنه قال في طير الماء حيث يكون أغلب عيشه يحكم له بحكمه واختلفوا في نبات الحرم هل فيه جزاء أم لا فقال مالك لا جزاء فيه وإنما فيه الائم فقط للنهي الوارد في ذلك وقال الشافعي فيه الجزاء في السوطة بقرة وفيما دونها شاة وقال أبو حنيفة كل ما كان من غرس الإنسان فلائتي فيه وكل ما كان ثابتا بطبعه ففيه قيمة وسبب الخلاف هل يقاس النبات في هذا على الحيوان لاجتماعهما في النهي عن ذلك في قوله عليه الصلاة والسلام لا ينفر صيدها ولا يعضد شجرها فهذا هو القول في مشهور مسائل هذا الجنس فلنقل في حكم الخالق رأسه قبل عمل الخلق

﴿ القول في فدية الأذى وحكم الخالق رأسه قبل عمل الخلق ﴾

وأما فدية الأذى فجميع أضرارها على الورود الكذب بذلك والسنة أما الكذب بقوله تعالى (فمن كان منك مرميا أو بة أذى من رأسه ففدية من صيام أو صدقة أو نسك) وأما السنة فحديث كعب بن جحزة الثابت أنه كان مع رسول الله صلى الله عليه وسلم محرما فأذاه القمل في رأسه فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يحلق رأسه وقال له صم ثلاثة أيام أو أطم ستة مساكين مدين لكل إنسان أو أنسك بشاة أي ذلك فعلت أجزأ عنك والكلام في هذه الآية على من نجب الفدية وعلى من لا نجب واذا وجبت فهاهي الفدية الواجبة وفي أي شيء نجب الفدية ولمن نجب ومتى نجب وأين نجب فأما على من نجب الفدية فإن العلماء أجمعوا على أنها واجبة على كل من أطم الأذى من ضرورة لورود النص بذلك واختلفوا فيمن أطمه من غير ضرورة فقال مالك عليه الفدية المنصوص عليها وقال الشافعي وأبو حنيفة إن حلق دون ضرورة فأتى عليه دم فقط واختلفوا هل من شرط من وجبت عليه الفدية بإطامه الأذى أن يكون متعمدا أو الناسي في ذلك والمتعمد سواء فقال مالك العامد في ذلك والناسي واحد وهو قول أبي حنيفة والثوري والليث وقال الشافعي في أحد قوله وأهل الظاهر لا فدية على الناسي فمن اشترط في وجوب الفدية الضرورة فدل عليه النص ومن أوجب ذلك على غير المضطر فحجته أنه إذا وجبت على المضطر فهي على غير المضطر أوجب ومن فرق بين العامد والناسي فلتفريق الشرع في ذلك بينهما في مواضع كثيرة ولعموم قوله تعالى (وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم) ولعموم قوله عليه الصلاة والسلام رفع عن أمتي الخطأ والنسيان ومن لم يفرق بينهما فقياسا على كثير من العبادات التي لم يفرق

الشرع فيها بين الخطأ والنسيان وأما ما يجب في فدية الأذى فإن العلماء أجمعوا على أنها ثلاث خصال على التخيير الصيام والاطعام والنسك لقوله تعالى فدية من صيام أو صدقة أو نسك والجمهور على أن الاطعام هو ستة مساكين وأن النسك أكله شاة وروى عن الحسن وعكرمة ونافع أنهم قالوا الاطعام لعشرة مساكين والصيام عشرة أيام ودليل الجمهور حديث كعب بن عجرة الثابت وأما من قال الصيام عشرة أيام فقياسا على صيام التمتع وتسوية الصيام مع الاطعام ولما ورد أيضا في جزاء الصيد في قوله سبحانه (أو عدل ذلك صياما) وأما كم يطعم لكل مسكين من المساكين الستة التي ورد فيها النص فإن الفقهاء اختلفوا في ذلك لاختلاف الآثار في الاطعام في الكفارات فقال مالك والشافعي وأبو حنيفة وأصحابهم الاطعام في ذلك مدين بمذ النبي صلى الله عليه وسلم لكل مسكين وروى عن الثوري أنه قال من البر نصف صاع ومن التمر والزبيب والشعير صاع وروى أيضا عن أبي حنيفة مثله وهو أصله في الكفارات وأما ما يجب فيه الفدية فاتفقوا على أنها تجب على من حلق رأسه لضرورة مرض أو حيوان يؤذيه برأسه قال ابن عباس المرض أن يكون برأسه قروح والأذى القمل وغيره وقال عطاء المرض الصداع والأذى القمل وغيره والجمهور على أن كل ما منعه المحرم من لباس الثياب المخيطة وحلق الرأس وقص الأظفار أنه إذا استباحه فعليه الفدية أي دم على اختلاف بينهم في ذلك وأطعام ولم يفرقوا بين الضرر وغيره في هذه الأشياء وكذلك استعمال الطبيب وقال قوم ليس في قص الأظفار شيء وقال قوم في دم وحكي ابن المنذر أن منع المحرم قص الأظفار اجاع واختلفوا فحين أخذ بعض أظفاره فقال الشافعي وأبو ثور إن أخذ ظفر واحدا أطعم مسكينا واحدا وإن أخذ ظفرين أطعم مسكينين وإن أخذ ثلاثا فعليه دم في مقام واحد وقال أبو حنيفة في أحد أقواله لا شيء عليه حتى يقصها كلها وقال أبو محمد بن حزم يقص المحرم أظفاره وشاربه وهو شذوذ وعنده أن لا فدية إلا من حلق الرأس فقط للعذر الذي ورد فيه النص وأجمعوا على منع حلق شعر الرأس واختلفوا في حلق الشعر من سائر الجسد فالجمهور على أن فيه الفدية وقال داود لا فدية فيه واختلفوا فحين تنف من رأسه الشعرة والشعرين أو من لحيه فقال مالك ليس على من تنف الشعر اليسير شيء الآن يكون أماط به أذى فعليه الفدية وقال الحسن في الشعرة مدين وفي الشعرين مدين وفي الثلاثة دم وبه قال الشافعي وأبو ثور وقال عبد الملك صاحب مالك فيما قل من الشعر اطعام وبما كثر فدية فمن فهم من منع المحرم حلق الشعر أنه عبادة سوى بين القليل والكثير ومن فهم من ذلك منع النظافة والزين والاستراحة التي في حلقه فرق بين القليل والكثير لأن القليل ليس في إزالته زوال أذى أماموضع الفدية فاختلفوا فيه فقال مالك يفعل من ذلك ما شاء أين شاء بمكة وبغيرها وإن شاء ببلده وسواء عنده في ذلك ذبح النسك والاطعام والصيام وهو قول مجاهد والنسك عند مالك ههنا هو نسك وليس يهدى فإن الهدى لا يكون إلا بمكة أو بمكة وقال أبو حنيفة والشافعي الدم والاطعام لا يجزيان إلا بمكة والصوم حيث شاء وقال ابن عباس ما كان من دم فبمكة وما كان من اطعام وصيام خبث شاء وعن أبي حنيفة مثله ولم يختلف قول الشافعي أن دم الاطعام لا يجزئ إلا المساكين الحرم وسبب اختلاف استعمال قياس دم النسك على الهدى فمن قاسه على الهدى أو جب فيه شروط الهدى من الذبح في المكان المخصوص به وفي مساكين الحرم وإن كان مالك يرى أن الهدى يجوز اطعامه لغبر مساكين الحرم والذي يجمع النسك

واللهي هو أن المقصود بهما منفعة المسكين المجاورين لبيت الله والمخالف يقول إن الشرع لما فرق بين اسميهما فسمى أحدهما نسكا وسمى الآخر هديا وجب أن يكون حكمهما مختلفا وأما الوقت فالجمهور على أن هذه الكفارة لا تكون إلا بعدامطة الأذى ولا يبعد أن يدخله الخلاف قياسا على كفارة الإيمان فهذا هو القول في كفارة امطاة الأذى واختلفوا في حلق الرأس هل هو من مناسك الحج أو هو مما يتحلل به منه ولا خلاف بين الجمهور في أنه من أعمال الحج وأن الحلق أفضل من التقصير لما ثبت من حديث ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اللهم ارحم الخلقين قالوا والمقصيرين يا رسول الله قال اللهم ارحم الخلقين قالوا والمقصيرين يا رسول الله قال اللهم ارحم الخلقين قالوا والمقصيرين يا رسول الله قال والمقصيرين وأجمع العلماء على أن النساء لا يحلقن وأن سنتهن التقصير واختلفوا هل هو نسك يجب على الحاج والمعتمر أولا فقال مالك الحلاق نسك للحاج والمعتمر وهو أفضل من التقصير ويجب على كل من فاته الحج وأحصر بعد أو مرض أو بعذر وهو قول جماعة الفقهاء إلا في المحصر بعد أو أبا حنيفة قال ليس عليه حلاق ولا تقصير وبالجملة فمن جعل الحلاق أو التقصير نسكا أو يجب في تركه الدم ومن لم يجعله من النسك لم يوجب فيه شيئا

❦ القول في كفارة المقتصر ❦

وأما كفارة المقتع التي نص الله عليها في قوله سبحانه (فمن تمتع بالعمرة الى الحج فما استيسر من الهدى) الآية فإنه لا خلاف في وجوبها وانما الخلاف في المقتع من هو وقد تقدم ما في ذلك من الخلاف والقول في هذه الكفارة أيضا يرجع الى تلك الأجناس بعينها على من يجب وما الواجب فيها ومتى يجب ولين يجب وفي أي مكان يجب فاما على من يجب فعلى المقتع باتفاق وقد تقدم الخلاف في المقتع من هو وأما اختلافهم في الواجب فان الجمهور من العلماء على أن ما استيسر من الهدى هو شاة واحتج مالك في أن اسم الهدى قد ينطلق على الشاة بقوله تعالى في جزاء الصيد هديا بالغ الكعبة ومعلوم بالاجماع انه قد يجب في جزاء الصيد شاة وذهب ابن عمر الى أن اسم الهدى لا ينطلق الا على الابل والبقر وأن معنى قوله تعالى فما استيسر من الهدى أي بقرة أدون من بقرة ويدة أدون من بدنة وأجعو ان هذه الكفارة على الترتيب وان من لم يجد الهدى فعليه الصيام واختلفوا في حد الزمان الذي ينتقل باقتضائه فرضه من الهدى الى الصيام فقال مالك اذا شرع في الصوم فقد انتقل واجبه الى الصوم وان وجد الهدى في أثناء الصوم وقال أبو حنيفة ان وجد الهدى في صوم الثلاثة الأيام لم يزمه وان وجد في صوم السبعة لم يزمه وهذه المسئلة نظير مسئلة من طلع عليه الماء في الصلاة وهو متميم وسبب الخلاف هو هل ما هو شرط في ابتداء العبادة هو شرط في استمرارها وانما فرق أبو حنيفة بين الثلاثة والسبعة لأن الثلاثة الأيام هي عنده بدل من الهدى والسبعة ليست ببديل وأجوا على أنه اذا صام الثلاثة الأيام في العشر الأول من ذي الحجة انه قد أتى بها في محلها لقوله سبحانه فصيام ثلاثة أيام في الحج ولا خلاف ان العشر الأول من أيام الحج واختلفوا في صامها في أيام عمل العمرة قبل أن يهل بالحج أو صامها في أيام منى فأجاز مالك صيامها في أيام منى ومنعه أبو حنيفة وقال اذا فاتته الأيام الأول وجب الهدى في ذمته ومنعه مالك قبل الشروع في عمل الحج وأجاز أبو حنيفة وسبب الخلاف هل ينطلق اسم الحج على هذه الأيام المختلفة فيها أم لا وان انطلق فهل من شرط الكفارة أن لا تجزى الا بعد وقوع موجها فن قال لا تجزى كفارة الا بعد وقوع موجها

قال لا يجزى الصوم الا بعد الشروع في الحج ومن قاسها على كفارة الايمان قال يجزى وانفقوا أنه اذا صام السبعة الأيام في أهله أجزاءً واختلفوا اذا صامها في الطريق فقال مالك يجزى الصوم وقال الشافعي لا يجزى وسبب الخلاف الاحتمال الذي في قوله سبحانه اذ رجعت فان اسم الراجح ينطلق على من فرغ من الرجوع وعلى من هو في الرجوع نفسه فهذه هي الكفارة التي ثبتت بالسمع وهي من المتفق عليها ولا خلاف ان من فاته الحج بعد أن شرع فيه اما بقوات ركن من أركانه وأما من قبل غلظه في الزمان أو من قبل جهله أو نسيانه أو أتياه في الحج فعلا مفسدا له فان عليه القضاء اذا كان حجا واجبا وهل عليه هدى مع القضاء اختلفوا فيه وان كان تطوعا فهل عليه قضاء أم لا الخلاف في ذلك كله لكن الجمهور على أن عليه الهدى لكون النقصان الداخِل عليه مشعرا بوجوب الهدى وشذوق فقالوا لا هدى أصلا ولا قضاء الآن يكون في حج واجب وبما يخص الحج الفاسد عند الجمهور دون سائر العبادات أنه يضي فيه المفسد له ولا يقطع عليه دم وشذوق فقالوا هو كسائر العبادات وعمدة الجمهور ظاهر قوله تعالى وأتموا الحج والعمرة لله فالجمهور عموما والخالفون خصصوا قياسا على غيرها من العبادات اذا وردت عليها المفسدات وانفقوا على أن المفسد للحج أمان الأفعال للمأمور بها فترك الأركان التي هي شرط في صحته على اختلافهم فيها وركن مالم يس بركن وأمان التروك المنهى عنها فالجاء وان كان اختلفوا في الوقت الذي اذا وقع فيه الجماع كانت مفسدا للحج فأما اجاعهم على افساد الجماع الحج فلقوله سبحانه (من فرض فيهن الحج فلا رفث ولا فسوق ولا جدال في الحج) وانفقوا على أن من وطئ قبل الوقوف بعرفة فقد أفسد حجه وكذلك من وطئ من المعمرين قبل أن يطوف ويسعى واختلفوا في فساد الحج بالوطء بعد الوقوف بعرفة وقبل رمي جرة العقبة وبعمرى الجرة وقبل طواف الافاضة الذي هو الواجب فقال مالك من وطئ قبل رمي جرة العقبة فقد فسد حجه وعليه الهدى والقضاء وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة والثوري عليه الهدى بدنة وحجه تام وقدرى مثل هذا عن مالك وقال مالك من وطئ بعد رمي جرة العقبة وقبل طواف الافاضة حجه تام ويقول مالك في أن الوطء قبل طواف الافاضة لا يفسد الحج قال الجمهور ويلزمه عندهم الهدى وقالت طائفة من وطئ قبل طواف الافاضة فسد حجه وهو قول ابن عمر وسبب الخلاف ان الحج تحللا يشبه السلام في الصلاة وهو التحلل الأكبر وهو الافاضة وتحللا أصغر وهل يشترط في اباحة الجماع التحللان أو أحدهما ولا خلاف بينهما ان التحلل الأصغر الذي هو رمي الجرة يوم النحر انه يحل به الحاج من كل شيء حرم عليه بالحج الا النساء والطيب والصيد فانهم اختلفوا فيه والمشهور عن مالك انه يحل به كل شيء الا النساء والطيب وقيل عنه الا النساء والطيب والصيد لأن الظاهر من قوله واذا حلتم فاصطادوا انه التحلل الأكبر وانفقوا أيضا على أن المعمر يحل من عمرته اذا طاف بالبيت وسعى بين الصفا والمروة وان لم يكن حلق ولا قصر لثبوت الآثار في ذلك الاخلافا شاذا وروى عن ابن عباس أنه يحل بالطواف وقال أبو حنيفة لا يحل الا بعد الحلق وان جامع قبله فسدت عمرته واختلفوا في صفة الجماع الذي يفسد الحج وفي مقدماته فالجمهور على ان التقاء الختانين يفسد الحج ويحل من يشترط في وجوب الطهر الا تزال مع التقاء الختانين أن يشترط في الحج واختلفوا في ازال الماء فيا دون الفرج فقال أبو حنيفة لا يفسد الحج الا الا تزال في الفرج وقال الشافعي ما يوجب الحبد يفسد الحج

وقال مالك الا تزال نفسه يفسد الحج وكذلك مقسماته من المباشرة والقبلة واستحب الشافعي فيمن جامع دون الفرج أن يهدي واختلفوا فيمن وطئ مرارا فقال مالك ليس عليه الا هدى واحد وقال أبو حنيفة ان كر الزوط في مجلس واحد كان عليه هدى واحد وان كرره في مجالس كان عليه لكل وطء هدى وقال محمد بن الحسن يجوز به هدى واحد وان كر الزوط مالم يهد لوطئه الأول وعن الشافعي الثلاثة الأقوال الا أن الأشهر عنه مثل قول مالك واختلفوا فيمن وطئ ناسيا فوسى مالك في ذلك بين العمد والنسيان وقال الشافعي في الجديد لا كفارة عليه واختلفوا هل على المرأة هدى فقال مالك ان طلوعته فعليه اهدى وان أكرهها فعليه هديان وقال الشافعي ليس عليه الا هدى واحد كقوله في المجامع في رمضان وجهور العلماء على أنهما اذا جمعا من قابل تفرقا أعنى الرجل والمرأة وقيل لا يفترقان والقول بان لا يفترقا مروي عن بعض الصحابة والتابعين وبه قال أبو حنيفة واختلف قول مالك والشافعي من أين يفترقان فقال الشافعي يفترقان من حيث أفسد الحج وقال مالك يفترقان من حيث أحرمما الآن يكونا أحرمما قبل الميقات فمن أخذهما بالافتراق فسد للنريعة وعقوبة ومن لم يؤخذهما به فخر بإحدى الأصل وأنه لا يثبت حكم في هذا الباب الا بسماع واختلفوا في الهدى الواجب في الجماع ما هو فقال مالك وأبو حنيفة هو شاة وقال الشافعي لا تجزئ الابدية وان لم يجد قومت البدنة دراهم وقومت الدرهم طعاما فان لم يجد صام عن كل مديوما قال والاطعام والهدى لا يجزئ الا بمكة أو بمغنى والصوم حيث شاء وقال مالك كل نقص دخل الاحرام من وطء أو خلق شعر أو احصار فان صاحبه ان لم يجد الهدى صام ثلاثة أيام في الحج وسبعة اذا رجع ولا يدخل الإطعام فيه فمالك شبه الدم اللازم ههنا بدم المقتنع والشافعي شبهه بالدم الواجب في الفدية والاطعام عند مالك لا يكون الا في كفارة الصيد وكفارة ازالة الأذى والشافعي يرى أن الصيام والاطعام قد وقعا بدل الدم في موضعين ولم يقع بدلها الا في موضع واحد فقياس المسكوت عنه على المنطوق به في الاطعام أولى فهذا ما ينحصر الفساد بالجماع وأما الفساد بفوات الوقت وهو أن يفوته الوقوف بعرفة يوم عرفة فان العلماء أجمعوا ان من هذه صفة لا يخرج من احرامه الا بالطواف بالبيت والسعي بين الصفا والمروة أعنى أنه يحل ولا بد بعمره وان عليه حج قابل واختلفوا هل عليه هدى أم لا فقال مالك والشافعي وأحمد والثوري وأبو ثور عليه الهدى وعمدتهم اجماعهم على أن من حبسه مرض حتى فاته الحج أن عليه الهدى وقال أبو حنيفة يتحل بعمره ويحج من قابل ولا هدى عليه وحجة الكوفيين ان الأصل في الهدى انما هو بدل من القضاء فاذا كان القضاء فلا هدى الا ما خصه الاجماع واختلف مالك والشافعي وأبو حنيفة فيمن فاته الحج وكان قارنا هل يقضى حجاجم فردا أو مقرونا بعمره فذهب مالك والشافعي إلى أنه يقضى قارنا لأنه انما يقضى مثل الذي عليه وقال أبو حنيفة ليس عليه الا افراد لأنه قطاف لعمرته فليس يقضى الا ما فاته وجهور العلماء على أن من فاته الحج انه لا يقيم على احرامه ذلك الى عام آخر وهذا هو الاختيار عند مالك الا أنه أجاز ذلك ليسقط عنه الهدى ولا يحتاج أن يتحل بعمره وأصل اختلافهم في هذه المسئلة اختلافهم فيمن أحرم بالحج في غير أشهر الحج فن لم يجعله محرما لم يجز للهدى فاته الحج أن يسبق محرما الى عام آخر ومن أجاز الاحرام في غير أيام الحج أجاز له البقاء محرما قال القاضي محققنا في الكفارات الواجبة بالنص في الحج وفي صفة القضاء في الحج الفائت والفاقد وفي صفة احلال

من فاته الحج وقتنا قبل ذلك في الكفارات المنصوص عليها وما لحق الفقهاء بذلك من كفارة المفسد سجدته .
وبقي أن نقول في الكفارات التي اختلفوا فيها في ترك نسك نسك منها من مناسك الحج مما لم يصح عليه
في القول في الكفارات المسكوت عنها ❦

فنقول ان الجمهور اتفقوا على أن النسك ضربان نسك هوسنة مؤكدة ونسك هو مرغ فيه فالذي هو
هوسنة يجب على تاركه الدم لانه حج ناقص أصله المقتنع والقارن وروى عن ابن عباس انه قال من
فاته من نسكه شيء فعليه دم وأما الذي هو نفل فلم يروا فيه دما ولكنهم اختلفوا كثيرا في ترك
نسك نسك هل فيه دم أم لا وذلك لاختلافهم فيه هل هوسنة أو نفل وأما ما كان فرضا فلا خلاف
عندهم انه لا يجبر بالدم وإنما يختلفون في الفعل الواحد نفسه من قبل اختلافهم هل هو فرض أم لا
وأما أهل الظاهر فاتهم لا يرون دما الا حيث ورد النص لتركهم القياس وبخاصة في العبادات وكذلك
اتفقوا على ان ما كان من التروك مستونا ففعل ففيه فدية الاذى وما كان مرغبا فيه فليس فيه شيء
واختلفوا في ترك فعل فعل لاختلافهم هل هوسنة أم لا وأهل الظاهر لا يوجبون الفدية الا في المنصوص
عليه ونحن نذكر المشهور من اختلاف الفقهاء في ترك نسك نسك أعني في وجوب الدم أو لا وجوبه
من أول المناسك الى آخرها وكذلك في فعل محظور ومحظور فأول ما اختلفوا فيه من المناسك من جاوز
الميعات فلم يحرم هل عليه دم فقال قوم لادم عليه وقال قوم عليه الدم وان رجع وهو قول مالك وابن
المبارك وروى عن الثوري وقال قوم ان رجع اليه فليس عليه دم وان لم يرجع فعليه دم وهو قول
الشافعي وأبي يوسف ومحمد ومشهور قول الثوري وقال أبو حنيفة ان رجع مليا فلا دم عليه وان رجع
غير ماب كان عليه الدم وقال قوم هو فرض ولا يجبره بالدم واختلفوا فيما غسل رأسه بالخطمي
فقال مالك وأبو حنيفة يفتدى وقال الثوري وغيره لا شيء عليه ورأى مالك أن في الحمام الفدية وأباحه
الا كثرون وروى عن ابن عباس من طريق ثابت دخوله والجمهور على انه لا يفتدى من لبس من
المحرمين مانهى عن لباسه واختلفوا اذ لبس السراويل لعنه الازار هل يفتدى أم لا فقال مالك
وأبو حنيفة يفتدى وقال الثوري وأحمد وأبو ثور وداود لا شيء عليه اذ لم يجد ازارا وعمدة من منع النهي
المطلق وعمدة من لم يرفيه فدية حديث حمرون دينار عن جابر وابن عباس قال سمعت رسول الله
صلى الله عليه وسلم يقول السراويل لمن لم يجد الازار والخف لمن لم يجد التعلين واختلفوا فيما لبس
الخفين مقطوعين مع وجود التعلين فقال مالك عليه الفدية وقال أبو حنيفة لا فدية عليه والقولان
عن الشافعي واختلفوا في لبس المرأة القفازين هل فيه فدية أم لا وقد ذكرنا كثيرا من هذه الاحكام
في باب الاحرام وكذلك اختلفوا فيما ترك التلبية هل عليه دم أم لا وقد تقدم وانفقوا على أن من
نكس الطواف أو نسى شوطا من أشواطه انه يعيده مادام بمكة واختلفوا اذ بلغ الى أهله فقال قوم منهم
أبو حنيفة يجزيه الدم وقال قوم بل يعيد ويجبر ما نقصه ولا يجزيه الدم وكذلك اختلفوا في وجوب
الدم على من ترك الرمل في الثلاثة الاشواط وبالوجوب قال ابن عباس والشافعي وأبو حنيفة وأحمد
وأبو ثور واختلف في ذلك قول مالك وأصحابه والاختلاف في هذه الاشياء كلها مبناه على انه هل هوسنة
أم لا وقد تقدم القول في ذلك وتقبيل الحجر وتقبيل يده بعد وضعها عليه اذ لم يصل الحجر عند كل من لم يوجب

الدم^(١) قياسا على الممتع اذا تركه فيه دم وكذلك اختلفوا فيمن نسي ركعتي الطواف حتى رجع الى بلده هل عليه دم أم لا فقال مالك عليه دم وقال الثوري بركعهما مادام في الحرم وقال الشافعي وأبو حنيفة بركعهما حيث شاء والذين قالوا في طواف الوداع انه ليس بفرض اختلفوا فيمن تركه ولم يتمكن له العودة اليه هل عليه دم أم لا فقال مالك ليس عليه شيء الا ان يكون قريبا فيعود وقال أبو حنيفة والثوري عليه دم ان لم يعد وانما يرجع عندهم ما لم يبلغ المواقيت وحجة من لم يره سنة مؤكدة سقوطه عن المكي والحائض وعند أبي حنيفة انه اذا لم يدخل الحجر في الطواف أعاد ما لم يخرج من مكة فان خرج فعليه دم واختلفوا هل من شرط صحة الطواف المشي فيه مع القدرة عليه فقال مالك هو من شرطه كالقيام في الصلاة فان عجز كان كصلاة القاعد ويعيد عنده أبدا الا اذا رجع الى بلده فان عليه دما وقال الشافعي الركوب في الطواف جائز لان النبي صلى الله عليه وسلم طاف بالبيت راكبا من غير مرض ولكنه أحب ان يستشرf الناس اليه ومن لم ير السعي واجبا فعليه فيه دم اذا انصرف الى بلده ومن رآه تطوعا لم يوجب فيه شيئا وقد تقدم اختلافهم أيضا فحين قدم السعي على الطواف هل فيه دم اذا لم يعد حتى يخرج من مكة أم ليس فيه دم واختلفوا في وجوب الدم على من دفع من عرفة قبل الغروب فقال الشافعي وأحمدان عاد فدفع بعد غروب الشمس فلا دم عليه وان لم يرجع حتى طلع الفجر وجب عليه الدم وقال أبو حنيفة والثوري عليه الدم رجوع أو لم يرجع وقد تقدم هذا واختلفوا فيمن وقف من عرفة بعرفة فقال الشافعي لاجله وقال مالك عليه دم وسبب الاختلاف هل انتهى عن الوقوف بها من باب الحظرة أو من باب الكراهية وقد ذكرنا في باب أفعال الحج الى انقضائها كثيرا من اختلافهم فيافي تركه دم وليس فيه دم وان كان الترتيب يقتضي ذكره في هذا للموضع والاسهل ذكره هنالك قال القاضي فقد قلنا في وجوب هذه العبادة وعلى من تجب وشروط وجوبها ومتى تجب وهي التي تجرى مجرى المقدمات لعرفة هذه العبادة وقلنا بعد ذلك في زمان هذه العبادة ومكانها ومحظوراتها وما اشقلت عليه أيضا من الأفعال في مكان مكان من أما كونها وزمان زمان من أزمنتها الجزئية الى انقضاء زمانها ثم قلنا في أحكام التحلل الواقع في هذه العبادة وما يقبل من ذلك الاصلاح بالكفارات وما لا يقبل الاصلاح بل يوجب الاعادة وقلنا ايضا في حكم الاعادة بحسب موجباتها وفي هذا الباب يدخل من شرع فيها فأحصر بمرض أو عتق أو غير ذلك والذي بقي من أفعال هذه العبادة هو القول في الهدى وذلك أن هذا النوع من العبادات هو جزء من هذه العبادة وهو ما ينبغي أن يفرد بالنظر فنقل فيه

﴿ القول في الهدى ﴾

فنقول ان النظر في الهدى يشغل على معرفة وجوبه وعلى معرفة جنسه وعلى معرفة سنه وكيفية سوقه ومن أين يساق والى أين ينتهي بسوقه وهو موضع نحره وحكم لجه بعد النحر فنقول انهم قد أجمعوا على ان الهدى المسوق في هذه العبادة منه واجب ومنه تطوع فالواجب منه ماهو واجب بالنذر ومنه ماهو واجب في بعض أنواع هذه العبادة ومنه ماهو واجب لانه كفارة فاما ماهو واجب في بعض أنواع هذه العبادة فهو هذى المتمتع باتفاق وهذى القارن باختلاف وأما الذي هو كفارة فهذى القضاء على

مذهب من يشترط فيه الهدى وهدى كفارة الصيد وهبى القاء الاذى والتفت وما أشبه ذلك من الهدى
الذى قاسه الفقهاء فى الاخلال بنسك نسك منها على المنصوص عليه فاما جنس الهدى فأن العلماء
متفقون على أنه لا يكون الهدى الا من الأزواج الثمانية التى نص الله عليها وإن الافضل فى الهدايا
هى الابل ثم البقر ثم الغنم ثم المعز وإنما اختلفوا فى الضحايا وأما الاسنان فانهم أجمعوا ان التنى فافوقه
يجزى منها وأنه لا يجزى الجذع من المعز فى الضحايا والهدايا لقوله عليه الصلاة والسلام لا بى بردة تجزى
عنك ولا تجزى عن أحد بعدك واختلفوا فى الجذع من الضأن فكثر أهل العلم بقولون بجواز هدايا الهدايا
والضحايا وكان ابن عمر يقول لا يجزى فى الهدايا الا التنى من كل جنس ولا خلاف فى ان الاغلى ثمن من
الهدايا أفضل وكان الزبير يقول لبنية يابنى لا يهدى أحكم لله من الهدى شيئاً يستحي أن يهديه لكرمه
فان الله أكرم الكرماء وأحق من اختياره وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الرقاب وقد قيل له أيها
أفضل فقال أغلاها ثمننا وأنفسها عند أهلها وليس فى عدد الهدى حدم معلوم وكان هدى رسول الله
صلى الله عليه وسلم مائة وأما كيفية سوق الهدى فهو التقليد والاشعار بانه هدى لان رسول الله صلى الله
عليه وسلم خرج عام الحديبية فلما كان بذي الحليفة قلدا الهدى وأشعره وأحرم واذا كان الهدى من
الابل والبقر فلا خلاف انه يقلد نعلا أو نعلين أو مائلاً شبه ذلك لمن لم يجد النعال واختلفوا فى تقليد الغنم
فقال مالك وأبو حنيفة لا تقلد الغنم وقال الشافعى وأحمد وأبو ثور وداود تقلد لحديث الاعمش عن
ابراهيم عن الاسود عن عائشة أن النبي صلى الله عليه وسلم أهدى الى البيت مرة غنماً فقلده واستحبوا
توجيهه الى القبلة فى حين تقليده واستحب مالك الاشعار من الجانب الايسر لما رواه عن نافع عن ابن
عمر انه كان اذا أهدى هدياً من المدينة قلده وأشعره بذي الحليفة قلده قبل أن يشعره وذلك فى مكان
واحد وهو موجه للقبلة يقلده بنعلين ويشعره من الشق الايسر ثم يساق معه حتى يوقفه مع الناس
بعرفة ثم يدفع به معهم اذا دفعوا واذا قدم منى غداة الصحرى قبل أن يحاق ويقتصر وكان هو يهرهديه
بيده يصفهن فيلما ويرجهن للقبلة ثم يأكل ويطمع واستحب الشافعى وأحمد وأبو ثور الاشعار من
الجانب الايمن لحديث ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى الظهر بذي الحليفة ثم دعا بيده
فأشعرها من صفحة سنامها الايمن ثم سلت الدم عنها وقلدها بنعلين ثم ركب راحلته فلما استوت على
البيداء أهل بالحج وأما من أين يساق الهدى فان مالكا يرى ان من سنته أن يساق من الحل ولذلك ذهب
الى ان من اشترى الهدى بمكة ولم يدخله من الحل ان عليه أن يقفه بعرفة وإن لم يفعل فعليه البدل
وأما ان كان أدخله من الحل فيستحب له أن يقفه بعرفة وهو قول ابن عمر وبه قال الليث وقال الشافعى
والثورى وأبو ثور ووقوف الهدى بعرفة سنة ولا حرج على من لم يقفه كان داخل من الحل أو لم يكن
وقال أبو حنيفة ليس توقيف الهدى بعرفة من السنة وحجة مالك فى ادخال الهدى من الحل الى الحرم
ان النبي عليه السلام كذلك فعل وقال خنوعا فى مناسككم وقال الشافعى التعريف سنة مثل التقليد
وقال أبو حنيفة ليس التعريف سنة وإنما فعل ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم لان مسكنه كان
خارج الحرم وروى عن عائشة التخيير فى تعريف الهدى أو لا تعريفه وأما محل فهو البيت العتيق كما قال
نعالى (ثم حملها الى البيت العتيق) وقال (هديا بالغ الكعبة) وأجمع العلماء على ان الكعبة لا يجوز

لا حذفها ذبح وكذلك المسجد الحرام وإن المعنى في قوله هدي بالغ الكعبة أنه إنما أراد به النحر بمكة أحساناً منه لساكنيهم وفقراءهم وكان مالك يقول إنما المعنى في قوله هدي بالغ الكعبة مكة وكان لا يجوز لمن نحر هديه في الحرم إلا أن ينحر بمكة وقال الشافعي وأبو حنيفة إن نحره في غير مكة من الحرم أجزأه وقال الطبري يجوز نحر الهدى حيث شاء المهدى الأهدى القرآن وجزاء الصيد فانهما لا ينحران إلا بالحرم وبالجملة فالنحر بمعنى اجتماع من العلماء وفي العمرة بمكة إلا ما اختلفوا فيه من نحر المحصر وعند مالك أن نحر الحج بمكة وللعمرة بمعنى أجزأه وحجة مالك في أنه لا يجوز النحر بالحرم إلا بمكة قوله صلى الله عليه وسلم وكل فجاء مكة وطرقها منصرفاً واستثنى مالك من ذلك هدى الفدية فأجاز ذبحه بغير مكة وأما من ينحر فإن مالك قال إن ذبح هدى التمتع أو التطوع قبل يوم النحر لم يجزه وجوزته أبو حنيفة في التطوع وقال الشافعي يجوز في كلهما قبل يوم النحر ولا خلاف عند الجمهور أن الهدى بالصيام أنه يجوز حيث شاء لأنه لا منفعة في ذلك للأهل الحرم ولأهل مكة وإنما اختلفوا في الصدقة المعدولة عن الهدى فجمهور العلماء على أنها لساكني مكة والحرم لا نهابدل من جزاء الصيد الذي هو لهم وقال مالك الإطعام كالصيام يجوز بغير مكة وأما صفة النحر فالجمهور مجمعون على أن التسمية مستحبة فيها لأنها ذكاة ومنهم من استحب مع التسمية التكبير ويستحب للهدى أن يلبس نحره هديه بيده وإن اختلف جاز وكذلك فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم في هديه ومن سنها أن تنحر قياماً لقوله سبحانه (فأذكروا اسم الله عليها صواف) وقد تكلم في صفة النحر في كتاب الذبح وأما ما يجوز لصاحب الهدى من الاتفايع به وبلغه فان في ذلك مسائل مشهورة أحدها هل يجوز له ركوب الهدى الواجب أو التطوع فذهب أهل الظاهر إلى أن ركوبه جائز من ضرورة ومن غير ضرورة وبعضهم أوجب ذلك وذكره جمهور فقهاء الأمصار ركوبها من غير ضرورة والحجة للجمهور ما خرج أبو داود عن جابر وقد سئل عن ركوب الهدى فقال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول أركبها بالمعروف إذا أجنبت إليها حتى تحلظها ومن طريق المعنى أن الاتفايع بما قصد به القربة إلى الله تعالى منعه مفهوم من الشريعة وحجة أهل الظاهر ما رواه مالك عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى رجلاً يسوق بدنة فقال أركبها فقال يا رسول الله أنها هدى فقال أركبها ويك في الثانية أو في الثالثة وأجعو أن هدى التطوع إذا بلغ محله أيأكل كل منه صاحبه كسائر الناس وأنه إذا عطي قبل أن يبلغ محله خلى بينه وبين الناس ولم يأكل كل منه وزاد داود ولا يطعم منه شيئاً أهل رفقته لما ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث بالهدى مع ناجية الأسلمي وقال له ان عطي منها شيء فأنحره ثم اصبح نعليه في دمه وخل بينه وبين الناس وروى عن ابن عباس هذا الحديث فزاد فيه ولاتأكل كل منه أنت ولأهل رفقته وقال بهذه الزيادة داود وأبو ثور واختلفوا فيم يجب على من أكل كل منه فقال مالك إن أكل كل منه وجب عليه بدله وقال الشافعي وأبو حنيفة والثوري وأحمد وابن حبيب من أصحاب مالك عليه فدية ما أكل أو أمر بأكله طعماً بتصدق به وروى ذلك عن علي وابن مسعود وابن عباس وجاعة من التابعين وما عطي في الحرم قبل أن يصل مكة فهل بلغ محله أم لا فيه اختلاف مبني على الخلاف المتقدم هل المحل هو مكة أو الحرم وأما الهدى الواجب إذا عطي قبل محله فان لصاحبه أن يأكل كل منه لأن عليه بدله ومنهم من أجاز له بيعه لجه وأن يستعين به

في البذل وكره ذلك مالك واختلوا في الاكل من الهدى الواجب اذ بلغ محله فقال الشافعي لا يؤكل من الهدى الواجب كاه ولجه كله للمساكين وكذلك جله ان كان مجحلا والنعل الذي قلبه وقال مالك يؤكل من كل الهدى الواجب الاجزاء الصيد ونذر المساكين وفدية الاذى وقال أبو حنيفة لا يؤكل من الهدى الواجب الا الهدى المتعة وهدى القران وعمدة الشافعي تشبيه جميع أصناف الهدى الواجب بالكفارة وأما من فرق فلانه يظهر في الهدى معنيان أحدهما انه عبادة مبتدأ والثاني انه كفارة وأحد المعنيين في بعضها أظهر فمن غلب شبهه بالعبادة على شبهه بالكفارة في نوع نوع من أنواع الهدى كهدي القران وهدى التمتع وبخاصة عند من يقول ان التمتع والقران أفضل لم يشترط ان لا يأكل كل لان هذا الهدى عنده هو فضيلة لا كفارة تدفع العقوبة ومن غلب شبهه بالكفارة قال لا يأكله لانفاقهم على انه لا يأكل كل صاحب الكفارة من الكفارة ولما كان هدى جزاء الصيد وفدية الاذى ظاهرا من أمرهما انهما كفارة لم يختلف هؤلاء الفقهاء في انه لا يأكل كل منها قال القاضي فقد قلنا في حكم الهدى وفي جنسه وفي سنه وكيفيته سوقه وشروط صحته من المنكان والزمان وصفة تحريمه وحكم الانتفاع به وذلك ما قصدناه والله الموفق للصواب وبتمام القول في هذا بحسب ترتيبنا تم القول في هذا الكتاب بحسب غرضنا والله الشكر والحمد كثيرا على ما وفق وهدى ومن به من التمام والكمال وكان الفراغ منه يوم الاربعاء التاسع من جمادى الاولى الذي هو من عام أربعة وعشرين وخمسمائة وهو جزء من كتاب المجتهد الذي وضعته منذ أريد من عشرين عاما ونحوها والحمد لله رب العالمين كان رضى الله عنه عزم حين تأليف الكتاب ولا لا يثبت كتاب الحج ثم بدله بعد فائتبه

بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليما

كتاب الجهاد

والقول المحيط بأصول هذا الباب ينحصر في جملتين الجملة الاولى في معرفة أركان الحرب الثانية في أحكام أموال المحاربين اذا ملكها المسلمون (الجملة الاولى) وفي هذه الجملة فصول سبعة أحدها معرفة حكم هذه الوظيفة ولما نلزم والثاني معرفة الذين يحاربون والثالث معرفة ما يجوز من النكاح في صنف صنف من أصناف أهل الحرب مما لا يجوز والرابع معرفة جواز شروط الحرب والخامس معرفة العدد الذين لا يجوز الفرار عنهم والسادس هل يجوز المهادنة والسابع لماذا يحاربون

الفصل الأول

فأما حكم هذه الوظيفة فأجمع العلماء على انها فرض على الكفاية لا فرض عين الا بعد الله بن الحسن فإنه قال انها تطوع وانما صار الجهور لكونه فرضا لقوله تعالى (كتب عليكم القتال وهو كره لكم) الآية وأما كونه فرضا على الكفاية أعني اذا قام به البعض سقط عن البعض فلقوله تعالى (وما كان المؤمنون لينفروا كافة) الآية وقوله (وكلا وعد الله الحسنى) ولم يخرج قط رسول الله صلى الله عليه وسلم للغزو الا وترك بعض الناس فاذا اجتمعت هذه اقتضى ذلك كون هذه الوظيفة فرضا على الكفاية وأما على من يجب فهم الرجال الاحرار البالغون الذين يجيئون بما يغزون الاصحاء لا المرضي ولا الزمنى وذلك لا خلاف فيه لقوله تعالى (ليس على الأعرج حرج ولا على الأعرج حرج ولا على المريض حرج) وقوله

(ليس على الضعفاء ولا على المرضى ولا على الذين لا يجدون ما ينفقون حرج الآية) وأما كون هذه الفريضة تختص بالاحرار فلا علم فيها خلافاً وعامة العلماء متفقون على أن من شرط هذه الفريضة اذن الابوين فيها إلا أن تكون عليه فرض عين مثل أن لا يكون هنالك من يقوم بالفرض الا بقيام الجميع به والاصل في هذا ما ثبت أن رجلاً قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم اني أريد الجهاد قال أهي والدك قال نعم قال فقيمها جهاد واختلّفوا في اذن الابوين المشركين وكذلك اختلفوا في اذن الغريم اذا كان عليه دين لقوله عليه الصلاة والسلام وقد سأل الرجل أيكفر الله عني خطيأى ان مت صابرًا محتسبًا في سبيل الله قال نعم إلا الدين كذلك قال لجبريل أنفاً والجمهور على جواز ذلك وبخاصة اذا تخلف وفاء من دينه

﴿ الفصل الثاني ﴾

فأما الذين يحاربون فاتفقوا على أنهم جميع المشركين لقوله تعالى (وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين كله لله) الا ما روى عن مالك أنه قال لا يجوز ابتداء الحبشة بالحرب ولا الترك لما روى أنه عليه الصلاة والسلام قال ذروا الحبشة ما دونتكم وقد سئل مالك عن صحة هذا الأثر فلم يعترف بذلك لكن قال لم يزل

﴿ الفصل الثالث ﴾

الناس يتعمدون غزوهم وأما ما يجوز من النكاح في العدو فإن النكاح لا تخلو أن تكون في الأموال أو في النفوس أو في الرقاب أعني الاستعباد والتملك فأما النكاح التي هي الاستعباد فهي جائزة بطريق الاجماع في جميع أنواع المشركين أعني ذكرانهم واناثهم شبوخهم وصبياتهم صغارهم وكبارهم الا الرهبان فإن قوماً رأوا أن يتركوا ولا يؤسروا بل يتركوا دون أن يعرض اليهم لا يقتل ولا باستعباد لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم فذرهم وما حبسوا أنفسهم اليه اتباعاً لفعل أبي بكر وأكثروا العلماء على أن الامام مخير في الاسارى في خصال منها أن يمن عليهم ومنها أن يستعبدهم ومنها أن يقتلهم ومنها أن يأخذ منهم الفداء ومنها أن يضرب عليهم الجزية وقال قوم لا يجوز قتل الأسير وحكي الحسن بن محمد التميمي أنه اجاع الصحابة والسبب في اختلافهم تعارض الآية في هذا المعنى وتعارض الافعال ومعارضة ظاهر الكتاب لفعله عليه الصلاة والسلام وذلك ان ظاهر قوله تعالى (فاذا القيم الذين كفروا ضرب الرقاب) الآية انه ليس للامام بعد الاسر الامن أو الفداء وقوله تعالى (ما كان لنبي أن يكون له أسرى حتى يثخن في الأرض) الآية والسبب الذي تزلت فيه من أسارى بدر يدل على ان القتل أفضل من الاستعباد وأما هو عليه الصلاة والسلام فقد قتل الاسارى في غير ماموطن وقسم واستعبد النساء وقد حكى أبو عبيد أنه لم يستعبد أحراً ذكراً والعرب وأجعت الصحابة بعده على استعباد أهل الكتاب ذكرانهم واناثهم في رأى أن الآية الخاصة بفعل الاسارى ناسخة لفعله قال لا يقتل الاسير ومن رأى أن الآية ليس فيها ذكر لقتل الاسير ولا المقصود منها حصر ما يفعل بالاسارى بل فعله عليه الصلاة والسلام هو حكم زائد على ما في الآية ويحيط العتب الذي وقع في ترك قتل أسارى بدر قال بجواز قتل الاسير والقتل انما يجوز اذا لم يكن يوجد بعد تأمين وهذا ما لا خلاف فيه بين المسلمين وانما اختلفوا فيمن يجوز تأمينه ممن لا يجوز وانفقوا على جواز تأمين الامام وجهور العلماء على جواز أمان الرجل الحر المسلم الا ما كان ابن الماجشون يرى أنه موقوف على

اذن الامام واختلفوا في أمان العبد وأمان المرأة فالجمهور على جوازه وكان ابن الماجشون وسحنون يقولان أمان المرأة موقوف على اذن الامام وقال أبو حنيفة لا يجوز أمان العبد إلا أن يقتل والسبب في اختلافهم معارضة العموم للقياس أما العموم فقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم وهم يد على من سواهم فهذا يوجب أمان العبد بعمومه وأما القياس المعارض له فهو ان الأمان من شرطه الكمال والعبد ناقص بالعبودية فوجب أن يكون للعبودية تأثير في اسقاطه قياسا على تأثيرها في اسقاط كثير من الأحكام الشرعية وإن تخصص ذلك للعموم بهذا القياس وأما اختلافهم في أمان المرأة فسببه اختلافهم في مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام فدا جردنا من أجرت يأمهاتى وقياس المرأة في ذلك على الرجل وذلك أن من فهم من قوله عليه الصلاة والسلام فدا جردنا من أجرت يأمهاتى إجازة أمانها لبعثته في نفسه وأنه لو لا إجازته لذلك لم يؤثر قال لأمان المرأة إلا أن يحجزه الامام ومن فهم من ذلك ان امضاء أمانها كان من جهة أنه قد كان انعقد وأثر لا من جهة ان إجازته هي التي صححت عقده قال أمان المرأة جائز وكذلك من قاسها على الرجل ولم ير بينهما فرقا في ذلك أجاز أمانها ومن رأى انها ناقصة عن الرجل لم يحجز أمانها وكيفما كان فالأمان غير مؤثر في الاستعباد وانما يؤثر في القتل وقد يمكن أن يدخل الاختلاف في هذا من قبل اختلافهم في ألفاظ جوع المذكور هل تتناول النساء أم لا أعني بحسب العرف الشرعي وأما النكاح التي تكون في النفوس فهي القتل ولا خلاف بين المسلمين أنه يجوز في الحرب قتل المشركين الذكور البالغين المقاتلين وأما القتل بعد الأسر ففيه اختلاف الذي ذكرنا وكذلك لا خلاف بينهم في أنه لا يجوز قتل صبياتهم ولا قتل نسائهم ما لم تقتل المرأة والصبي فإذا قتلت المرأة استبيح دمه وذلك لما ثبت أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن قتل النساء والولدان وقال في امرأة مقتولة ما كانت هذه لتقتل واختلفوا في أهل الصوامع المنتزعين عن الناس والعميان والزمنى والشيوخ الذين لا يقاتلون والمعتوه والحراث والعسيف فقال مالك لا يقتل إلا العجمي ولا المعتوه ولا أصحاب الصوامع ويترك لهم من أموالهم بقدر ما يعيشون به وكذلك لا يقتل الشيخ الفاني عنده وبه قال أبو حنيفة وأصحابه وقال الثوري والأوزاعي لا تقتل الشيوخ فقط وقال الأوزاعي لا تقتل الحراث وقال الشافعي في الأصح عنه تقتل جميع هذه الأصناف والسبب في اختلافهم معارضة بعض الآثار بخصوصها للعموم الكتاب ولعموم قوله عليه الصلاة والسلام الثابت أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله الحديث وذلك أن قوله تعالى (فاذا انسلك الاشهر الحرم فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم) يقتضي قتل كل مشرك راهبا كان أو غيره وكذلك قوله عليه الصلاة والسلام أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله وأما الآثار التي وردت باستيفاء هذه الأصناف فنها مرواه داود بن الحصين عن عكرمة عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا بعث جيوشه قال لا تقتلوا أصحاب الصوامع ومنها أيضا ما روى عن أنس بن مالك عن النبي عليه الصلاة والسلام قال لا تقتلوا شيئا قانيا ولا طفلا صغيرا ولا امرأة ولا تقاتلوا خروجه أبو داود ومن ذلك أيضا ما رواه مالك عن أبي بكر أنه قال ستجدون قوم ازعموا انهم حبسوا أنفسهم لله فدمهم وما حبسوا أنفسهم له وفيه ولا تقتلن امرأة ولا صبيا ولا كبيرا رهما ويشبه أن يكون السبب الاملاك في الاختلاف في هذه المسئلة معارضة قوله تعالى (وقاتلوا في سبيل الله الذين يقاتلونكم ولا تعتدوا ان الله

لا يحب المعتدين) لقوله تعالى (فاذا انسلخ الاشهر الحرم فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم) الآية فمن رأى ان هذه ناسخة لقوله تعالى وقتلوا في سبيل الله الذين يقاتلونكم لأرب القتال أولا انما أيسح لمن يقاتل قال الآية على عمومها ومن رأى أن قوله تعالى وقتلوا في سبيل الله الذين يقاتلونكم هي محكمة وانما تناول هؤلاء الاصناف الذين لا يقاتلون (٧) استثناهما من عموم تلك وقد احتج الشافعي بحديث سمرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اقتلوا شيوخ المشركين واستحيوا شرهم وكان العلة الموجبة للقتل عنده انما هي الكفر فوجب أن تطرد هذه العلة في جميع الكفار وأما من ذهب الى أنه لا يقتل الحرث فانه احتج في ذلك بما روى عن زيد بن وهب قال قال أمانا كتاب عمر رضى الله عنه وفيه لا تقتلوا ولا تغدروا ولا تقتلوا وليد او اتقوا الله في الفلاحين وجاء في حديث رباح بن ربيعة النهى عن قتل العسيف المشرك وذلك أنه خرج مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في غزوة غزاها فر رباح وأصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم على امرأة مقتولة فوقف رسول الله صلى الله عليه وسلم عليها ثم قال ما كانت هذه لتقاتل ثم نظر في وجوه القوم فقال لاحدهم الحق بخالد بن الوليد فلا يقتلن ذرية ولا عسيفا ولا امرأة والسبب الموجب بالجملة لاختلافهم اختلافهم في العلة الموجبة للقتل فمن زعم ان العلة الموجبة لذلك هي الكفر لم يستثن أحدًا من المشركين ومن زعم ان العلة في ذلك اطاعة القتال للنهي عن قتل النساء مع انهن كفار استثنى من لم يطق القتال ومن لم ينصب نفسه اليه كالفلاح والعسيف وصح النهى عن المثلة واتفق المسلمون على جواز قتلهم بالسلاح واختلفوا في تحريقهم بالنار فكره قوم تحريقهم بالنار ورميمهم به او قول عمر وروى عن مالك وأجاز ذلك سفيان الثوري وقال بعضهم ان ابتدأ العدو بذلك جازوا والا فلا والسبب في اختلافهم معارضة العموم للخصوص أما العموم فقوله (فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم) ولم يستثن قتلا من قتل وأما الخصوص فثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في رجل ان قترتم عليه فاقتلوه ولا تحرقوه بالنار فانه لا يعذب بالنار الارباب واتفق عوام الفقهاء على جواز رمي الحصون بالجانبي سواء كان فيها نساء وذرية أو لم يكن لما جاء أن النبي عليه الصلاة والسلام نصب المنجنيق على أهل الطائف وأما اذا كان الحصن فيه اسارى من المسلمين وأطفال من المسلمين فقالت طائفة يكف عن رميمهم بالمنجنيق وبه قال الاوزاعي وقال الليث ذلك جائز ومعقد من لم يحزه قوله تعالى (لو ترى اولا العذبة الذين كفروا ومنهم عذابا لهما) الآية وأما من أجاز ذلك فكأنه نظر الى المصلحة فهذا هو مقدار النكابة التي تجوز أن تبلغ بهم في نفوسهم ورفاقهم وأما النكابة التي تجوز في أموالهم وذلك في المباني والحيوان والنبات فانهم اختلفوا في ذلك فأجاز مالك قطع الشجر والثمار وتخريب العمار ولم يحز قتل المواشى ولا تحريق النخل وكره الاوزاعي قطع الشجر المضر وتخريب العمار كنيسة كان أو غير ذلك وقال الشافعي تحرق البيوت والشجر اذا كانت لهم معاقل وكره تخريب البيوت وقطع الشجر اذا لم يكن لهم معاقل والسبب في اختلافهم مخالفة فعل أبي بكر في ذلك لفعله عليه الصلاة والسلام وذلك أنه ثبت أنه عليه الصلاة والسلام حرق نخل بني النضير وثبت عن أبي بكر أنه قال لا تقطعن شجرا ولا تحرقن عمارا فمن ظن أن فعل أبي بكر هذا انما كان لمكان علمه بنسخ ذلك الفعل منه صلى الله عليه وسلم

اذلا يجوز على أبي بكر أن يخالفه مع علمه بفعله أو رأى أن ذلك كان خاصا بيني النضير لغزوهم قال بقول أبي بكر ومن اعتقد فعله عليه الصلاة والسلام ولم يرقول أحد ولا فعله حجة عليه قال بتحريق الشجر وانما فرق مالك بين الحيوان والشجر لأن قتل الحيوان مثله وقضى عنى عن المثلة ولم يأت عنه عليه الصلاة والسلام أنه قتل حيوانا فهذا هو معرفة النكابة التي يجوز أن تبلغ من الكفار في نفوسهم وأموالهم

﴿ الفصل الرابع ﴾

فأما شرط الحرب فهو بلوغ الدعوة باتفاق أعنى انه لا يجوز حروبهم حتى يكونوا قد بلغتهم الدعوة وذلك شئ يجمع عليه من المسلمين لقوله تعالى (وما كآمة دين حتى تبعث رسولا) وأما هل يجب تكرار الدعوة عند تكرار الحرب فانهم اختلفوا في ذلك فمنهم من أوجبها ومنهم من استحبها ومنهم من لم يوجبها ولا استحبها والسبب في اختلافهم معارضة القول للفعل وذلك أنه ثبت أنه عليه السلام كان اذا بعث سرية قال لأمرها اذا بقيت عدوك من المشركين فادعهم الى ثلاث خصال أو خلال فأيتهم ما أجاوبك اليها فاقبل منهم وكف عنهم ادعهم الى الاسلام فان أجاوبك فاقبل منهم وكف عنهم ثم ادعهم الى التحول من دارهم الى دار المهاجرين واعلمهم أنهم ان فعلوا ذلك ان لهم ما للمهاجرين وان عليهم ما على المهاجرين فان أبوا واختاروا دارهم فاعلمهم أنهم يكونون كعرب المسلمين يجري عليهم حكم الله الذي يجرى على المؤمنين ولا يكون لهم في النية والغنية نصيب الا أن يجاهدوا مع المسلمين فانهم أبوا فادعهم الى اعطاء الجزية فان أجاوبوا فاقبل منهم وكف عنهم فان أبوا فاستعن بالله وقتلهم وثبت من فعله عليه السلام أنه كان يبيت العدو ويغير عليهم مع الفتوات فمن الناس وهم الجهور من ذهب الى ان فعله ناسخ لقوله وان ذلك انما كان في أول الاسلام قبل أن تنتشر الدعوة بدليل دعوتهم فيه الى الهجرة ومن الناس من رجح القول على الفعل وذلك بأن حل الفعل على الخصوص ومن استحسن الدعاء فهو وجه من الجمع

﴿ الفصل الخامس ﴾

وأما معرفة العدد الذين لا يجوز الفرار عنهم فهم الضعف وذلك يجمع عليه لقوله تعالى (الآن خفف الله عنكم وعلم أن فيكم ضعفا) الآية وذهب ابن الماجشون ورواه عن مالك ابن الضعف انما يعتبر في القوة لافي العدد وانه يجوز أن يفر الواحد عن واحد اذا كان أعنى جوادا منه وأجود سلاحا وأشد قوة

﴿ الفصل السادس ﴾

فأما هل يجوز المهادنة فان قوما أجازوها ابتداء من غير سبب اذا رأى ذلك الامام مصلحة للمسلمين وقوم لم يجزوها الا لما كان الضرورة الداعية لأهل الاسلام من فتنة أو غير ذلك اما بشئ يأخذونه منهم لا على حكم الجزية اذ كانت الجزية انما شرطها أن تؤخذ منهم وهم بحيث تنفذ عليهم أحكام المسلمين واما بلا شئ يأخذونه منهم وكان الأوزاعي يجيز أن يصلح الامام الكفار على شئ يدفعه المسلمون الى الكفار اذ ادعت الى ذلك ضرورة فتنة أو غير ذلك من الضرورات وقال الشافعي لا يعطى المسلمون الكفار شيئا الا أن يخافوا أن يسطعوا لكثرة العدو وقتلهم ولحنه تزلت بهم ومن قال باجازه الصلح اذ رأى الامام ذلك مصلحة مالك والشافعي وأبو حنيفة الا أن الشافعي لا يجوز عنده الصلح لأكثر من المدة التي صالح عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم الكفار عام الحديبية وسبب اختلافهم في جواز الصلح

من غير ضرورة معارضة ظاهر قوله تعالى (فاذا انسلكوا الشهر الحرم فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم) وقوله تعالى (قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر) لقوله تعالى (وان جنحوا للسلم فاجنح لها وتوكل على الله) فمن رأى أن آية الأمر بالقتال حتى يسلموا أو يعطوا الجزية ناسخة لآية الصلح قال لا يجوز الصلح الا من ضرورة ومن رأى أن آية الصلح مخصصة لذلك قال الصلح جائز اذ رأى ذلك الامام وعصداً تأويله بفعله ذلك صلى الله عليه وسلم وذلك أن صلحه صلى الله عليه وسلم عام الحديبية لم يكن لموضع الضرورة وأما الشافعي فلما كان الأصل عنده الأمر بالقتال حتى يسلموا أو يعطوا الجزية وكان هذا مخصصاً عنده بفعله عليه السلام عام الحديبية لم ير أن يزداد على المدة التي صالح عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد اختلف في هذه المدة فقيل كانت أربع سنين وقيل ثلاثا وقيل عشرين سنين وبذلك قال الشافعي وأما من أجاز أن يصلح المسلمون المشركين بان يعطوا لهم المسلمون شيئاً اذا دعت الى ذلك ضرورة فتنة أو غيرها فصيها الى ما روي أنه كان عليه السلام قد هم أن يعطي بعض ثمر المدينة لبعض الكفار الذين كانوا في جلة الأحزاب لتخبيهم فلم يوافقهم على القدر الذي كان سمح له به من ثمر المدينة حتى أقام الله بنصره وأما من لم يجز ذلك الآن يخاف المسلمون أن يصطلحوا فقياساً على اجماعهم على جواز فداء أسارى المسلمين لأن المسلمين اذا صاروا في هذا الحد فهم بمنزلة الأسارى

﴿ الفصل السابع ﴾

فاما لما ذابحار بن فائق المسلمون على أن المقصود بالمحاربة لأهل الكتاب ماعدا أهل الكتاب من قريش ونصارى العرب هو أحد أمرين اما الدخول في الاسلام واما اعطاء الجزية لقوله تعالى (قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرّمون مسرة الله ورسوله ولا يدعون دين الحق من الذين أتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صلفرون) وكذلك اتفق عامة الفقهاء على أخذها من المجوس لقوله صلى الله عليه وسلم سنوا بهم سنة أهل الكتاب واختلقوا فباسوى أهل الكتاب من المشركين هل تقبل منهم الجزية أم لا فقال قوم تؤخذ الجزية من كل مشرك وبه قال مالك وقوم استثنوا من ذلك مشركي العرب وقال الشافعي وأبو ثور وجاعة لا تؤخذ الا من أهل الكتاب والمجوس والسبب في اختلافهم معارضة العموم للخصوص أما العموم فقوله تعالى (وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين كله لله) وقوله عليه السلام أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله فاذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم الا بحقها وحسابهم على الله وأما الخصوص فقوله لا مراء السرايا الذين كان يبعثهم الى مشركي العرب ومعلوم انهم كانوا غير أهل كتاب (فاذا لقيت عدوك فادعهم الى ثلاث خصال) فذكر الجزية فيها وقد تقدم الحديث فمن رأى أن العموم اذا تأخر عن الخصوص فهو ناسخ له قال لا تقبل الجزية من مشرك ماعدا أهل الكتاب لأن الآي الأمرة بقتالهم على العموم هي متأخرة عن ذلك الحديث وذلك ان الأمر بقتال المشركين عامة هو في سورة براءة وذلك عام الفتح وذلك الحديث انما هو قبل الفتح بدليل دعائهم فيه للهجرة ومن رأى أن العموم يبنى على الخصوص تقدم أو تأخر أو جهل التقدم والتأخر بينهما قال تقبل الجزية من جميع المشركين وأما تخصيص أهل الكتاب من سائر المشركين فخرج من ذلك العموم بانفاق بخصوص قوله تعالى (من الذين أتوا الكتاب حتى يعطوا

الجزء من يد وهم صاغرون) وسأى القول في الجزية وأحكامها في الجلة الثانية من هذا الكتاب فهذه هي أركان الحرب وما يتعلق بهذه الجلة من المسائل المشهورة النسي عن السفر بالقرآن الى أرض العدو وعامة الفقهاء على أن ذلك غير جائز ثبت ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال أبو حنيفة يجوز ذلك اذا كان في العساكر المأمونة والسبب في اختلافهم هل النبي عام أريد به العام أو عام أريد به الخاص (الجلة الثانية) والقول المحيط بأصول هذه الجلة ينحصر أيضا في سبعة فصول الأول في حكم الخمس الثاني في حكم الأربعة الأخماس الثالث في حكم الأنفال الرابع في حكم ما وجد من أموال المسلمين عند الكفار الخامس في حكم الأرضين السادس في حكم النوى السابع في أحكام الجزية والمال الذي يؤخذ منهم على طريق الصلح

﴿ الفصل الأول ﴾

واتفق المسلمون على أن الغنمة التي تؤخذ قسرا من أيدي الروم ماعدا الأرضين ان خسرهم للإمام وأربعة أخماسها للذين غفوها لقوله تعالى واعلموا أنما غنمتم من شيء فإن لله خمسة وللرسول الآية واختلّفوا في الخمس على أربعة مذاهب مشهورة أحدها أن الخمس يقسم على خمسة أقسام على نص الآية وبه قال الشافعي والقول الثاني انه يقسم على أربعة أخماس وأن قوله تعالى (فان لله خمسة) هو افتتاح كلام وليس هو قسما خامسا والقول الثالث أنه يقسم اليوم ثلاثة أقسام وأن سهم النبي وذو القربى سقطا بموت النبي صلى الله عليه وسلم والقول الرابع أن الخمس بمنزلة النوى يعطى منه الغنى والفقر وهو قول مالك وعامة الفقهاء والذين قالوا يقسم أربعة أخماس وخمسة اختلّفوا فيما يفعل بسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم وسهم القرابة بعد موته فقال قوم يرد على سائر الأصناف الذين لهم الخمس وقال قوم بل يرد على باقي الجيش وقال قوم بل سهم رسول الله صلى الله عليه وسلم للإمام وسهم ذوي القربى لقرابة الإمام وقال قوم بل يجعلان في السلاح والعدة واختلّفوا في القرابة من هم فقال قوم بنو هاشم فقط وقال قوم بنو عبد المطلب وبنو هاشم وسبب اختلافهم في هل الخمس يقصر على الأصناف المذكورين أم يعدى لغيرهم هو هل ذكر تلك الأصناف في الآية المقصود منها تعيين الخمس لهم أم قصد التنبيه بهم على غيرهم فيكون ذلك من باب الخاص أريد به العام فمن رأى انه من باب الخاص أريد به الخاص قال لا يتعدى الخمس تلك الأصناف المتصوص عليها وهو الذي عليه الجمهور ومن رأى انه من باب الخاص أريد به العام قال يجوز للإمام أن يصرفها فيما يراه صلاحا للمسلمين واحتج من رأى أن سهم النبي صلى الله عليه وسلم للإمام بعده بما روى عنه عليه السلام أنه قال اذا أطمع الله نبيا طمعه فهو للخليفة بعده وأما من صرفه على الأصناف الباقيين أو على الغنائم فتشبيها بالصنف المحبس عليهم وأما من قال القرابة هم بنو هاشم وبنو المطلب فإنه احتج بحديث جبير بن مطعم قال قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم سهم ذوي القربى لبنى هاشم وبنى المطلب من الخمس قالوا نعم بنو هاشم وبنو المطلب صنف واحد ومن قال بنو هاشم صنف فلانهم الذين لا يحل لهم الصدقة واختلف العلماء في سهم النبي صلى الله عليه وسلم من الخمس فقال قوم الخمس فقط ولا خلاف عندهم في وجوب الخمس له غاب عن القسمة أو حضرها وقال قوم بل الخمس والصفي وهو سهم مشهور له صلى الله عليه وسلم وهو شيء كان يصطفيه من رأس الغنمة فرس أو أمة أو عبد

وروي ان صفية كانت من الصفي وأجمعوا على أن الصفي ليس لأحد من بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم
الأبأور فإنه قال يجري مجرى سهم النبي صلى الله عليه وسلم

﴿ الفصل الثاني ﴾

وأجمع جمهور العلماء على أن أربعة أخماس الغنمية للغانمين إذا خرجوا باذن الامام واختلفوا في الخارجين
بغير اذن الامام وفيمن يجب له سهمه من الغنمية ومتى يجب وكما يجب وفيما يجوز له من الغنمية قبل القسم
فالجهور على أن أربعة أخماس الغنمية للذين غنموها خرجوا باذن الامام أو بغير ذلك لعموم قوله تعالى
(واعلموا أنما غنمتم من شيء) الآية وقال قوم إذا خرجت السرية أو الرجل الواحد بغير اذن الامام
فكل ما ساق نفل يأخذه الامام وقال قوم بل يأخذه كله الغانم فالجهور يمسكوا بظاهر الآية وهؤلاء
كانهم اعتقدوا صورة الفعل الواقع من ذلك في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وذلك أن جميع السرايا
انما كانت تخرج عن اذنه عليه السلام فكأنهم رأوا أن اذن الامام شرط في ذلك وهو ضعيف وأما من
له السهم من الغنمية فانهم اتفقوا على الذكران الأحرار البالغين واختلفوا في اضعادهم أعنى في النساء
والعبيد ومن لم يبلغ من الرجال عن قارب البلوغ فقال قوم ليس للعبيد ولا للنساء حظ من الغنمية ولكن
يرضخ لهم وبه قال مالك وقال قوم لا يرضخ ولا لهم حظ الغانمين وقال قوم بل لهم حظ واحد من الغانمين
وهو قول الأوزاعي وكذلك اختلفوا في الصبي المراهق فمنهم من قال يقسم له وهو مذهب الشافعي ومنهم من
اشتراط في ذلك أن يطبق القتال وهو مذهب مالك ومنهم من قال يرضخ له وسبب اختلافهم في العبيد
هو هل عموم الخطاب يتناول الأحرار والعبيد معاً أم الأحرار فقط دون العبيد وأيضاً فعمل الصحابة
معارض لعموم الآية وذلك انه انتشر فيهم رضى الله عنهم أن الغلمان لا يسهم لهم روى ذلك عن عمر بن
الخطاب وابن عباس ذكره ابن أبي شيبة من طرق عنهما قال أبو عمر بن عبد البر أصبح ماروى من ذلك
عن عمر مارواه مسفيان بن عيينة عن عمرو بن دينار عن ابن شهاب عن مالك بن أنس بن الحذثان
قال قال عمر ليس أحد الاولة في هذا المال حق الا ما ملكت أيمانكم وانما صار الجهور الى أن المرأة لا يقسم
لها ويرضخ بحديث أم عطية الثابت قالت بكأنفرو مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فنداوى الجرحى
وغرض المرضى وكان يرضخ لنا من الغنمية وسبب اختلافهم هو اختلافهم في تشبيه المرأة بالرجل
في كونها إذا غزت لها تأثير في الحرب أم لا فانهم اتفقوا على أن النساء مباح لهن الغزو فن شهبه
بالرجال أو جب لهن نصيباً في الغنمية ومن رآهن ناقصات عن الرجال في هذا المعنى ائام يوجب لهن شيئاً
واماً أو جب لهن دون حظ الغانمين وهو الارضاخ والأولى اتباع الأثر وزعم الأوزاعي أن رسول الله صلى الله
عليه وسلم أسهم للنساء بخير وكذلك اختلفوا في التجار والاحراء هل يسهم لهم أم لا فقال مالك لا يسهم
لهم الا أن يقاتلوا وقال قوم بل يسهم لهم اذا شهدوا القتال وسبب اختلافهم هو تخصيص عموم قوله تعالى
(واعلموا أنما غنمتم من شيء فان لله خمسة) بالقياس الذي يوجب الفرق بين هؤلاء وسائر الغانمين
وذلك أن من رأى ان التجار والاحراء حكمهم خلاف حكم سائر المجاهدين لأنهم لا يقصدوا القتال
وانما قصدوا اما التجارة واما الاجارة استثناءهم من ذلك العموم ومن رأى ان العموم أقوى من هذا
القياس أجرى العموم على ظاهره ومن حجة من استثناءهم ما خرج عبد الرزاق ان عبد الرحمن بن عوف

قال رجل من فقراء المهاجرين أن يخرج معهم فقال نعم فوعده فلما حضر الخروج دعاه فأبى أن يخرج معه واعتذره بأمر عياله وأهله فأعطاه عبد الرحمن ثلاثة دنانير على أن يخرج معه فلما هزموا العدو سأل الرجل عبد الرحمن نصيبه من المغنم فقال عبد الرحمن سأذكر أمرك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فذكره له فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تلك الثلاثة دنانير حفظه ونصيبه من غزوه في أمر دينه وآخرته وخرج مثله أبو داود عن يعلى بن منبه ومن أجاز له القسم شبهه بالجعائل أيضاً وهو أن يعين أهل الديوان بعضهم بعضاً أعنى يعين القاعدة منهم الغازي وقد اختلف العلماء في الجعائل فأجازها مالك ومنعها غيره ومنهم من أجاز ذلك من السلطان فقط وإذا كانت ضرورة وبه قال أبو حنيفة والشافعي وأما الشرط الذي يجب به للجاهد السهم من الغنمة فإن الأكثر على أنه إذا شهد القتال وجب له السهم وإن لم يقاتل وأنه إذا جاهد بعد القتال فليس له سهم من الغنمة وهذا قال الجمهور وقال قوم إذا لحقهم قبل أن يخرجوا إلى دار الإسلام وجب له حفظه من الغنمة إن اشتغل في شيء من أسبابها وهو قول أبي حنيفة والسبب في اختلافهم سببان القياس والأثر أما القياس فهو هل يلحق تأثير الغازي في الحفظ بتأثيره في الأخذ وذلك أن الذي شهد القتال له تأثير في الأخذ أعنى في أخذ الغنمة وبذلك استحق السهم والذي جاء قبل أن يصلوا إلى بلاد المسلمين له تأثير في الحفظ فمن شبه التأثير في الحفظ بالتأثير في الأخذ قال يجب له السهم وإن لم يحضر القتال ومن رأى أن الحفظ أضعف لم يوجب له وأما الأثر فإن في ذلك أثرين متعارضين أحدهما ما روي عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث أبا بن سعيده على سرية من المدينة قبل مجدهم فقدم أبا بن وأصحابه على النبي صلى الله عليه وسلم بخير بعد ما فتحوها فقال أبا بن أقسم لنا يا رسول الله فلم يقسم له رسول الله صلى الله عليه وسلم منها والأثر الثاني ما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال يوم بدر إن عثمان انطلق في حاجة الله وحاجة رسوله فضرب لرسول الله صلى الله عليه وسلم بسهم ولم يضرب لأحد غاب عنها قالوا فوجب له السهم لأن اشتغاله كان بسبب الامام قال أبو بكر بن المنذر وثبت أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال الغنمة لمن شهد الواقعة وأما السرايا التي تخرج من العساكر فتعزم بالجمهور على أن أهل العسكر يشاركونهم فيما غنموا وإن لم يشهدوا الغنمة ولا القتال وذلك لقوله عليه السلام وترد سراياهم على قدامتهم خرج أبو داود ولأن لهم تأثيراً أيضاً في أخذ الغنمة وقال الحسن البصري إذا خرجت السرية بإذن الامام من عسكره خسمها وما بقي فلاهل السرية وإن خرجوا بغير إذنه خسمها وكان ما بقي بين أهل الجيش كله وقال النخعي الامام بالخيار إن شاء خسم ما تروى السرية وإن شاء نفعه كله والسبب أيضاً في هذا الاختلاف هو تشبيه تأثير العسكر في غنمة السرية بتأثير من حضر القتال بها وهم أهل السرية فاذن الغنمة إنما يجب عند الجمهور للجاهد بالحدس طين أمان أن يكون ممن حضر القتال وأمان أن يكون رداً لمن حضر القتال وأما كم يجب للقتال فأنهم اختلفوا في الفارس فقال الجمهور للفارس ثلاثة أسهم سهم له وسهمان لفارسه وقال أبو حنيفة للفارس سهمان سهم لفارسه وسهم له والسبب في اختلافهم اختلاف الآثار ومعارضة القياس للأثر وذلك أن أبا داود خرج عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم أسهم لرجل وفارسه ثلاثة أسهم سهمان للفارس وسهم لراكبه وخرج أيضاً عن جمع بن حارثة الأنصاري مثل قول أبي حنيفة وأما القياس المعارض لظاهر حديث ابن عمر فهو أن يكون سهم الفارس

أكبر من سهم الإنسان هذا الذي اعتمد أبو حنيفة في ترجيح الحديث الموافق لهذا القياس على الحديث المخالف له وهذا القياس ليس بشئ لأن سهم الفرس إنما استحقه الإنسان الذي هو الفارس بالفرس وغير بعيد أن يكون تأثير الفارس بالفرس في الحرب ثلاثة أضعاف تأثير الراحل بل لعله واجب مع أن حديث ابن عمر أثبت وأما ما يجوز للجاهل أن يأخذ من الغنيمة قبل القسم فإن المسلمين اتفقوا على تحريم الغلول لما ثبت في ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم مثل قوله عليه السلام أذكوا الخياط والمحيط فإن الغلول عار وشنار على أهله يوم القيامة إلى غير ذلك من الآثار الواردة في هذا الباب واختلفوا في إباحة الطعام للغزاة ماداموا في أرض الغزو فأباح ذلك الجمهور ومنع من ذلك قوم وهو مذهب ابن شهاب والسبب في اختلافهم معارضة الآثار التي جاءت في تحريم الغلول للآثار الواردة في إباحة كل الطعام من حديث ابن عمر وابن المغفل وحديث ابن أبي أوفى في شخص أحاديث تحريم الغلول بهذا جازأ كل الطعام للغزاة ومن رجح أحاديث تحريم الغلول على هذا لم يجز ذلك وحديث ابن مغفل هو قال أصبت جراب سهم يوم خيبر فقلت لأعطي منه شيئاً فالتفت فإذا رسول الله صلى الله عليه وسلم يتبسم خرجه البخاري وسلم وحديث ابن أبي أوفى قال كانصيب في مغازنا العسل والغنم فأنأكه ولا ندفعه خرجه أيضاً البخاري واختلفوا في عقوبة الغال فقال قوم يحرق رحله وقال بعضهم ليس له عقاب إلا التعزير وسبب اختلافهم اختلافهم في تصحيح حديث صالح بن محمد بن زائدة عن سالم عن ابن عمر أنه قال قال عليه الصلاة والسلام من غل فأحرقوا ماله

الفصل الثالث

وأما تنفيل الإمام من الغنيمة لمن شاء أعني أن يبدء على نصيبه فإن العلماء اتفقوا على جواز ذلك واختلفوا من أي شيء يكون النفل وفي مقداره وهل يجوز الوعده قبل الحرب وهل يجب السلب للقاتل أم ليس يجب الآن ينقله الإمام فهذه أربع مسائل هي قواعد هذا الفصل (أما المسئلة الأولى) فإن قوما قالوا النفل يكون من الخمس الواجب لبيت مال المسلمين وبه قال مالك وقال قوم بل النفل إنما يكون من خمس الخمس وهو حظ الإمام فقط وهو الذي اختاره الشافعي وقال قوم بل النفل من جلة الغنيمة وبه قال أحمد وأبو عبيد ومن هؤلاء من أجاز تنفيل جميع الغنيمة والسبب في اختلافهم هو هل بين الآيتين الواردتين في المفاهم تعارض أم هما على التخيير أعني قوله تعالى (واعلموا أنما غنمتم من شيء) الآية وقوله تعالى (يسألونك عن الأنفال الآية) فمن رأى أن قوله تعالى (واعلموا أنما غنمتم من شيء) الآية ينسخ الآية الأولى (يسألونك عن الأنفال) قال لا نفل إلا من الخمس أو من خمس الخمس ومن رأى أن الآيتين لا معارضة بينهما وهما على التخيير أعني أن للإمام أن ينفل من رأس الغنيمة من شاء وله أن ينفل بأن يعطي جميع أربع الغنيمة للقاتلين قال يجوز النفل من رأس الغنيمة ولاختلافهم أيضاً سبب آخر وهو اختلاف الآثار في هذا الباب وفي ذلك أثران أحدهما ما روى مالك عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث سرية فيها عبد الله بن عمر قبل نجد فغنموا إبلا كثيرة فكان سهماتهم اثني عشر بغيراً وفتلوا بغيراً بغيراً وهذا يدل على أن النفل كان بعد القسمة من الخمس والثاني حديث حبيب بن مسleme أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان ينفل أربع من السرايا بعد الخمس في البداية وينفلهم الثلث بعد الخمس في الرجعة.

يعني في بداءة غزوه عليه السلام وفي انصرافه (وأما المسئلة الثانية) وهي ما مقدار مال الامام ان ينفل من ذلك عند الذين أجازوا النفل من رأس الغنمة فان قوما قالوا لا يجوز ان ينفل أكثر من الثلث والربع على حديث حبيب بن مسلة وقال قوم ان نفل الامام السرية جميع ما غنمت جازم صيرا الى ان آية الانفال غير منسوخة بل محكمة وانها على عمومها غير مخصصة ومن رأى انها مخصصة بهذا الأثر قال لا يجوز ان ينفل أكثر من الربع أو الثلث (وأما المسئلة الثالثة) وهي هل يجوز الوعد بالنفل قبل الحرب أم ليس يجوز ذلك فانهم اختلفوا فيه فكره ذلك مالك وأجازه جماعة وسبب اختلافهم معارضة مفهوم مقصد الغزو لظاهر الأثر وذلك ان الغزو انما يقصد به وجه الله العظيم وتكون كلمة الله هي العليا فاذا وعد الامام بالنفل قبل الحرب خيف ان يسفك الفداء دماءهم في حق غير الله وأما الأثر الذي يقتضي ظاهره جواز الوعد بالنفل فهو حديث حبيب بن مسلة أن النبي عليه السلام كان ينفل في الغزو سرايا الخارجة من العسكر الربع وفي القبول الثلث ومعلوم أن المقصود من هذا انما هو التشبيط على الحرب (وأما المسئلة الرابعة) وهي هل يجب سلب المقتول للقاتل أو ليس يجب الا ان نفل الامام فانهم اختلفوا في ذلك فقال مالك لا يستحق القاتل سلب المقتول الا ان ينفله الامام على جهة الاجتهاد وذلك بعد الحرب وبه قال أبو حنيفة والثوري وقال الشافعي وأحمد وأبو ثور واسحق وجماعة السلف هو واجب للقاتل قال ذلك الامام أولم يلقه ومن هؤلاء من جعل السلب على كل حال ولم يشترط في ذلك شرطا ومنهم من قال لا يكون له السلب الا اذا قتله مقبلا غير مدبر وبه قال الشافعي ومنهم من قال انما يكون السلب للقاتل اذا كان القتل قبل معصية الحرب أو بعدها وأما ان قتله في حين المعصية فليس له سلب وبه قال الاوزاعي وقال قوم ان استكثر الامام السلب جاز ان يجمعه وسبب اختلافهم هو احتمال قوله عليه الصلاة والسلام يوم حنين بعدما رد القتال من قتل قتيلاه سلبه أن يكون ذلك منه عليه الصلاة والسلام على جهة النفل أو على جهة الاستحقاق للقاتل ومالك رحمه الله قوى عنده أنه على جهة النفل من قبل أنه لم يثبت عنده أنه قال ذلك عليه الصلاة والسلام ولا قضى به الايام حنين ومعارضة آية الغنمة له ان حل ذلك على الاستحقاق أعني قوله تعالى (واعلموا انما غنمتم من شيء) الآية فانه لما نص في الآية على أن الخمس لله علم أن الاربعة الاخماس واجبة للفائزين كما أنه لما نص على الثلث للام في الموارث علم أن الثلثين للاب قال أبو عمر وهذا القول محفوظ عنه صلى الله عليه وسلم في حنين وفي بدر وروى عن عمر بن الخطاب أنه قال كالاخمس السلب على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وخرج أبو داود عن عوف بن مالك الاشجعي وخالد بن الوليد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالسلب للقاتل وخرج ابن أبي شيبة عن أنس بن مالك ان البراء بن مالك حمل على مرزبان يوم الدير فطعنه طعنة على قرب بوس سرجه فقتله فبلغ سلبه ثلاثين ألفا فبلغ ذلك عمر بن الخطاب فقال لأبي طلحة اناسكا لا تخمس السلب وان سلب البراء قد بلغ مالا كثيرا ولا أرا في الاخمس قال ابن سيرين حدثني أنس ابن مالك أنه أول سلب خمس في الاسلام وبهذا تمسك من فرق بين السلب القليل والكثير واختلفوا في السلب الواجب ما هو فقال قوم له جميع ما وجد على المقتول واستثنى قوم من ذلك الذهب والفضة

وأما أموال المسلمين التي تسترد من أيدي الكفار فاتفقوا في ذلك على أربعة أقوال مشهورة أحدها ان ما استرد المسلمون من أيدي الكفار من أموال المسلمين فهو لأربابها من المسلمين وليس للفرقة المستردين لذلك منهائى وعن قال بهذا القول الشافعى وأصحابه وأبو ثور والقول الثانى ان ما استرد المسلمون من ذلك هو غنجة الجيش ليس لصاحبه منه شئ وهذا القول قاله الزهرى ومرو بن دينار وهو مروى عن علي بن أبى طالب والقول الثالث ان ما وجد من أموال المسلمين قبل القسم فصاحبه أحق به بلائى وما وجد من ذلك بعد القسم فصاحبه أحق به بالغنجة وهؤلاء انقسموا قسمين فبعضهم رأى هذا رأى فى كل ما استرده المسلمون من أيدي الكفار بأى وجه صار ذلك الى أيدي الكفار وفى أى موضع صار وعن قال بهذا القول مالك والثورى وجاعة وهو مروى عن عمر بن الخطاب و بعضهم فرق بين ما صار من ذلك الى أيدي الكفار غلبة وحازوه حتى وصلوه الى دار المشركين وبين ما أخذ منهم قبل أن يحوزوه ويلغوا به دار الشرك فقالوا ما حازوه فحكمه ان ألفاه صاحبه قبل القسم فهو له وان ألفاه بعد القسم فهو أحق به بالغنم قالوا وأما ما لم يحزه العدو بأن يبلغوا دارهم به فصاحبه أحق به قبل القسم وبعده وهذا هو القول الرابع واختلافهم راجع الى اختلافهم فى هل يملك الكفار على المسلمين أموالهم اذا غلبوهم عليها أم ليس يملكونها وسبب اختلافهم فى هذه المسئلة تعارض الآثار فى هذا الباب والقياس وذلك أن حديث عمران بن حصين يدل على أن المشركين ليس يملكون على المسلمين شيئا وهو قال أغار المشركون على سرح المدينة وأخذوا العصابة ناقة رسول الله صلى الله عليه وسلم وامرأة من المسلمين فلما كانت ذات ليلة قامت المرأة وقد ناموا اجعلت لاتضع يدها على بعير الا أرغى حتى أتت العصابة فأتت ناقة ذلولاً فركبتها ثم توجهت قبل المدينة ونذرت أن يجأها الله لتنجرنها فلما قسمت المدينة عرفت الناقة فأتوا بهار رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبرته المرأة بنجرها فقال بنس ما جرتهما لا نذر فيها لا يملك ابن آدم ولا نذر فى معصية وكذلك يدل ظاهر حديث ابن عمر على مثل هذا وهو أنه غارله فرس فأخذها العدو فظهر عليه المسلمون فردت عليه فى زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم وهما حديثان ثابتان وأما الآثار الذى يدل على ملك الكفار على المسلمين فقوله عليه الصلاة والسلام وهل ترك لنا عقيل من منزل يعنى انه باع دوره التى كانت له بمكة بعد هجرته منها عليه الصلاة والسلام الى المدينة وأما القياس فان من شبه الأموال بالرقاب قال الكفار كالا يملكون رقابهم فكذلك لا يملكون أموالهم كحال الباقى مع العادل أعنى أنه لا يملك عليهم الأمرين جميعا ومن قال يملكون قال من ليس يملك فهو ضامن للثمن ان قامت عينه وقد أجعوا على أن الكفار غير ضامين لأموال المسلمين فلزم عن ذلك أن الكفار ليسوا بغير مالكين للأموال فهم مالكون اذ لو كانوا غير مالكين لضمنوا وأما من فرق بين الحكم قبل الغنم وبعده وبين ما أخذه المشركون بغلبة أو بغير غلبة بأن صار اليهم من تلقائه مثل العبد الآبى والفرس العائد فليس له حظ من النظر وذلك انه ليس بمجد وسطا بين أن يقول أما ان يملك المشرك على المسلم شيئا ألا يملكه الا أن يثبت فى ذلك دليل سمعى لكن أصحاب هذا المذهب انما صاروا اليه لحديث الحسن بن عمار عن عبد الملك بن ميسرة عن طاوس عن ابن عباس أن رجلا وجد بعيرا له كان للمشركون قد أصابوه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان أصبته قبل أن يقسم فهو لك وان أصبته بعد

القسم أخذته بالقيمة لكن الحسن بن عماره مجتمع على ضعفه وترك الاحتجاج به عند أهل الحديث والذي عول عليه مالك فيما أحسب من ذلك هو قضاء عمر بذلك ولكن ليس يجعل له أخذه بالثمن بعد القسم على ظاهر حديثه واستثناء أبي حنيفة أم الولد والمدير من سائر الأموال لامعني له وذلك أنه يرى أن الكفار يملكون على المسلمين سائر الأموال ما عدا هذين وكذلك قول مالك في أم الولد أنه إذا أصابها مولاها بعد القسم ان على الامام أن يفديها فإن لم يفعل أجبر سيدها على فديتها فإن لم يكن له مال أعطيت له واتبعه الذي خرجت في نصيبه بقيته تديننا متى أيسر هو قول أيضا ليس له حظ من النظر لأنه ان لم يملكها الكفار فقد يجب أن يأخذها بغير ثمن وان ملكوها فلا سبيل له عليها وأيضا فإنه لا فرق بينها وبين سائر الأموال الآن ثبت في ذلك سماع ومن هذا الأصل أعني من اختلافهم هل يملك المشرك مال المسلم أو لا يملك اختلف الفقهاء في الكافر يسلم ويده مال مسلم هل يصح له أم لا فقال مالك وأبو حنيفة يصح له وقال الشافعي على أصله لا يصح له واختلف مالك وأبو حنيفة اذا دخل مسلم الى الكفار على جهة التلصص وأخذ مما في أيديهم مال مسلم فقال أبو حنيفة هو أولى به وان أراد صاحبه أخذه بالثمن وقال مالك هو لصاحبه فلم يجز على أصله ومن هذا الباب اختلافهم في الحر في يسلم ويهاجر ويترك في دار الحرب ولده وزوجه وماله هل يكون لما ترك حرمة مال المسلم وزوجه وذريته فلا يجوز تملكهم للمسلمين ان غلبوا على ذلك أم ليس لما ترك حرمة فمنهم من قال لكل ماترك حرمة الاسلام ومنهم من قال ليس له حرمة ومنهم من فرق بين المال والزوجة والولد فقال ليس للمال حرمة وللولد والزوجة حرمة وهذا جار على غير قياس وهو قول مالك والأصل ان المبيع للمال هو الكفر وان العاصم له هو الاسلام كما قال عليه الصلاة والسلام فاذا قالوا عصموا مني دماءهم وأموالهم فنزعهم ان ههنا مبيحا للمال غير الكفر من تملك عدو أو غيره فعليه الدليل وليس ههنا دليل تعارض بهذه القاعدة والله أعلم

الفصل الخامس

واختلفوا فيما افتتح المسلمون من الأرض عنوة فقال مالك لا تقسم الأرض وتكون وقفا يصرف خراجها في مصالح المسلمين من أرزاق المقاتلة وبناء القناطر والمساجد وغير ذلك من سبل الخير الآن يرى الامام في وقت من الأوقات ان المصلحة تقتضي القسمة فان له أن يقسم الأرض وقال الشافعي الأرض المفتوحة تقسم كما تقسم الغنائم يعني خمسة أقسام وقال أبو حنيفة الامام مخير بين أن يقسمها على المسلمين أو يضرب على أهلها الكفار فيها الخراج ويقرها بأيديهم وسبب اختلافهم ما يظن من التعارض بين آية سورة الأنفال وآية سورة الحشر وذلك ان آية الأنفال تقتضي بظاها ان كل ما غنم بخمس وهو قوله تعالى (واعلموا أنما غنمتم) وقوله تعالى في آية الحشر (والذين جاؤا من بعدهم) عطف على ذكر الذين أوجب لهم النبي يمكن أن يفهم منه ان جميع الناس الحاضرين والآتين شركاء في النبي كجاري عن عمر رضي الله عنه أنه قال في قوله تعالى (والذين جاؤا من بعدهم) ما أرى هذه الآية الا قد سمت الخلق حتى الراعي بكداء أو كلما هذا معناه ولذلك لم تقسم الأرض التي افتتحت في أيامه عنوة من أرض العراق ومصر فن رأى ان الآيتين متواردتان على معنى واحد وان آية الحشر مخصوصة لآية الأنفال استثنى من ذلك الأرض ومن رأى ان الآيتين ليستا متواردتين على معنى واحد بل رأى ان آية الأنفال في الغنمة

وآية الحشر في النبي ﷺ على ما هو الظاهر من ذلك قال تخمس الأرض ولا بد ولا سيما أنه قد ثبت أنه عليه الصلاة والسلام قسم خير بين الغزاة قالوا فالواجب أن تقسم الأرض لعموم الكتاب وفعله عليه الصلاة والسلام الذي يجري مجرى البيان للجمل فضلا عن العام وأما أبو حنيفة فالتزم بالذهب إلى التخصيص بين القسمة وبين أن يفر الكفار فيها على خراج يؤدونه لأنه زعم أنه قد روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطى خير بالشر ثم أرسل ابن رواحة فقا سمهم قالوا فظهر من هذا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يكن قسم جميعها ولكنه قسم طائفة من الأرض وترك طائفة لم يقسمها قالوا فبان بهذا أن الإمام بالخيار بين القسمة والقرار بأيديهم وهو الذي فعل عمر رضي الله عنه وإن أسلموا بعد الغلبة عليهم كان خيرا بين المنع عليهم أو قسمتها على ما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم بمكة أعني من المنع وهذا إنما يصح على رأي من رأى أنه افتتحها عنوة فإن الناس اختلفوا في ذلك وإن كان الأصح أنه افتتحها عنوة لأنه الذي خرج به مسلم وينبغي أن تعلم أن قول من قال إن آية النبي ﷺ وآية الغنمة محمولتان على الخيار وإن آية النبي ﷺ ناسخة لآية الغنمة أو مخصصة لها أنه قول ضعيف جدا لأن يكون اسم النبي ﷺ والغنمة بدلان على معنى واحد فإن كان ذلك فالآيتان متعارضتان لأن آية الأنفال توجب التخمس وآية الحشر توجب القسمة دون التخمس فوجب أن تكون احدهما ناسخة للآخرى أو يكون الإمام بخيرا بين التخمس وترك التخمس وذلك في جميع الأموال المغنومة وذكر بعض أهل العلم أنه مذهب لبعض الناس وأظنه حكاية عن المذهب ويجب على مذهب من يريد أن يستنبط من الجمع بينهما ترك قسمة الأرض وقسمة ما عدا الأرض أن تكون كل واحدة من الآيتين مخصصة ببعض ما في الأخرى وأناسخه حتى تكون آية الأنفال خصصت من عموم آية الحشر ما عدا الأرضين فأوجب فيها الخمس وآية الحشر خصصت من آية الأنفال الأرض فلم توجب فيها خمسا وهذه الدعوى لا تصح إلا بدليل مع أن الظاهر من آية الحشر أنها تضمنت القول في نوع من الأموال بخلاف الحكم للنوع الذي تضمنته آية الأنفال وذلك أن قوله تعالى (فأؤتوهم عليه من خيل ولا ركاب) هو تنبيه على العلة التي من أجلها لم يوجب حق للجيش خاصة دون الناس والقسمة بخلاف ذلك إذ كانت تؤخذ بالاجباف

الفصل السادس في قسمة النبي ﷺ

وأما النبي ﷺ عند الجمهور فهو كل ماصر للمسلمين من الكفار من قبل العرب واخوف من غير أن يوجب عليه بخيل أو رجل واختلف الناس في الجهة التي يصرف إليها فقال قوم إن النبي ﷺ لجميع المسلمين الفقير والغني وأن الإمام يعطى منه للمقاتلة وللحكام وللولاة وينفق منه في الثواب التي تنوب للمسلمين كبناء القنطرة وإصلاح المساجد وغير ذلك ولا خسر في شيء منه وبه قال الجمهور وهو الثابت عن أبي بكر وعمر وقال الشافعي بل فيه الخمس والخمس مقسوم على الأصناف الذين ذكروا في آية الفنائم وهم الأصناف الذين ذكروا في الخمس بعينه من الغنمة وإن الباقي هو مصروف إلى اجتهد الإمام وينفق منه على نفسه وعلى عياله ومن رأى وأحسب أن قوما قالوا إن النبي ﷺ غير مخمس ولكن يقسم على الأصناف الخمسة الذين يقسم عليهم الخمس وهو أحد أقوال الشافعي فيما أحسب وسبب اختلاف من رأى أنه يقسم جميعه على الأصناف الخمسة أو هو مصروف إلى اجتهد الإمام هو سبب اختلافهم في قسمة الخمس من الغنمة وقد تقدم

ذلك أعني ان من جعل ذكر الأصناف في الآية تنبيهاً على المستحقين له قال هؤلاء الأصناف المذكورين ومن فوقهم ومن جعل ذكر الأصناف تعديداً للذين يستوجبون هذا المال قال لا يتعدى به هؤلاء الأصناف أعني انه جعلهم من باب الخصوص لا من باب التنبية وأما تخميس التي فلم يقل به أحد قبل الشافعي وإنما حمله على هذا القول انه رأى التي في قد قسم في الآية على عدد الأصناف الذين قسم عليهم الخمس فاعتقد لذلك ان فيه الخمس لأنه ظن ان هذه القسمة مختصة بالخمس وليس ذلك بظاهر بل الظاهر ان هذه القسمة تخص جميع التي لا جزاً منه وهو الذي ذهب اليه فيما أحسب قوم وخرج مسلم عن عمر قال كانت أموال بني النضير مما آفأ الله على رسوله مما لم يوجف عليه المسلمون مخيل ولا ركاب فكانت للنبي صلى الله عليه وسلم خالصة فكان ينفق منها على أهله نفقة سنة وما بقي يجعله في الكراع والسلاح عدة في سبيل الله وهذا يدل على مذهب مالك

﴿ الفصل السابع في الجزية ﴾

والكلام المحيط بأصول هذا الفصل ينحصر في ست مسائل المسئلة الأولى من يجوز أخذ الجزية الثانية على أي الأصناف منهم تجب الجزية الثالثة كم تجب الرابعة متى تجب ومتى تسقط الخامسة كم أصناف الجزية السادسة فيماذا يصرف مال الجزية (المسئلة الأولى) فاما من يجوز أخذ الجزية منه فان العلماء مجمعون على أنه يجوز أخذها من أهل الكتاب الهن ومن المجوس كما تقدم واختلفوا في أخذها من لا كتاب له وفيمن هو من أهل الكتاب من العرب بعد اتفاقهم فيها حكى بعضهم انها لا تؤخذ من قرشي كلابي وقد تقدمت هذه المسئلة (وأما المسئلة الثانية) وهي أي الأصناف من الناس تجب عليهم فانهم اتفقوا على انها إنما تجب بثلاثة أوصاف الذكورية والبلوغ والحرية وانها لا تجب على النساء ولا على الصبيان اذ كانت انما هي عوض من القتل والقتل انما هو متوجه بالأمر نحو الرجال البالغين اذ قد نهى عن قتل النساء والصبيان وكذلك أجمعوا انها لا تجب على العبيد واختلفوا في أصناف من هؤلاء منها في المجنون وفي المقعد ومنها في الشيخ ومنها في أهل الصوامع ومنها في الفقير هل يتبع بها ديناً متى أيسر أم لا وكل هذه مسائل اجتهادية ليس فيها توقيت شرعي وسبب اختلافهم مبنى على هل يقتلون أم لا أعني هؤلاء الأصناف (وأما المسئلة الثالثة) وهي كم الواجب فانهم اختلفوا في ذلك فرأى مالك أن القدر الواجب في ذلك هو ما فرضه عمر رضي الله عنه وذلك على أهل الذهب أربع دنانير وعلى أهل الورق أربعون درهماً ومع ذلك أرزاق المسلمين وضيافة ثلاثة أيام لا يزداد على ذلك ولا ينقص منه وقال الشافعي أقله محدود وهو دينار وأكثره غير محدود وذلك بحسب ما يصلحون عليه وقال قوم لا توقيت في ذلك وذلك مصروف الى اجتهاد الامام وبه قال الثوري وقال أبو حنيفة وأصحابه الجزية اثنا عشر درهماً أو أربعة وعشرون درهماً وعثمانية وأربعون لا ينقص الفقير من اثني عشر درهماً ولا يزداد الغني على ثمانية وأربعين درهماً والوسط أربعة وعشرون درهماً وقال أحمد دينار أو عدله معاف لا يزداد عليه ولا ينقص منه وسبب اختلافهم اختلاف الآثار في هذا الباب وذلك انه روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث معاذاً الى اليمن وأمره أن يأخذ من كل حاكم ديناراً أو عدله معاف وهي ثياب باليمن وثبت عن عمر أنه ضرب الجزية على أهل الذهب أربع دنانير وعلى أهل الورق أربعين درهماً مع ذلك أرزاق

المسلمين وضيافة ثلاثة أيام وروى عنه أيضا أنه بعث عثمان بن حنيف فوضع الجزية على أهل السواد ثمانية وأربعين وأربعة وعشرين واثني عشر فنحل هذه الأحاديث كلها على التخيير وتسمك في ذلك بعموم ما ينطلق عليه اسم جزية إذ ليس في توقيت ذلك حديث عن النبي صلى الله عليه وسلم متفق على صحته وإنما ورد الكتاب في ذلك عما قال لاحد في ذلك وهو الأظهر والله أعلم ومن جمع بين حديث معاذ والثابت عن عمر قال أقله محدود ولاحد لاكثره ومن رجع أحد حديثي عمر قال أما بأربعين درهما وأربعة دنانير وأما ثمانية وأربعين درهما وأربعة وعشرين واثني عشر على ما تقدم ومن رجع حديث معاذ لأنه مرفوع قال دينار فقط أو علمه معافر لا يزداد على ذلك ولا ينقص منه (وأما المسئلة الرابعة) وهي متى تجب الجزية فانهم اتفقوا على أنها لا تجب إلا بعد الحول وأنها تسقط عنه إذا أسلم قبل انقضاء الحول واختلفوا إذا أسلم بعد ما يحول عليه الحول هل تؤخذ منه جزية للحول الماضي بأسره أو لما مضى منه فقال قوم إذا أسلم فلا جزية عليه بعد انقضاء الحول كان اسلامه أو قبل انقضائه وهذا القول قال الجمهور وقالت طائفة ان أسلم بعد الحول وجبت عليه الجزية وان أسلم قبل حلول الحول لم تجب عليه وانهم اتفقوا على أنه لا تجب عليه قبل انقضاء الحول لأن الحول شرط في وجوبها فإذا وجد الرفع لها وهو الاسلام قبل تقرير الوجوب أعني قبل وجود شرط الوجوب لم تجب وإنما اختلفوا بعد انقضاء الحول لأنها قد وجبت فن رأى ان الاسلام يهدم هذا الواجب في الكفر كما يهدم كثير من الواجب قال تسقط عنه وإن كان اسلامه بعد الحول ومن رأى انه لا يهدم الاسلام هذا الواجب كما لا يهدم كثير من الحقوق المرتبة مثل الدين وغير ذلك قال لا تسقط بعد انقضاء الحول فبسبب اختلافهم هو هل الاسلام يهدم الجزية الواجبة أو لا يهدمها (وأما المسئلة الخامسة) وهي كم أصناف الجزية فإن الجزية عندهم ثلاثة أصناف جزية عنوية وهي هذه التي تكلمنا فيها أعني التي تفرض على الحريين بعد غلبتهم وجزية صلحية وهي التي يتبرعون بها ليكف عنهم وهذه ليس فيها توقيت لافي الواجب ولا فيمن يجب عليه ولا متى يجب عليه وإنما ذلك كله راجع الى الاتفاق الواقع في ذلك بين المسلمين وأهل الصلح الآن يقول قائل انه ان كان قبول الجزية الصلحية واجبا على المسلمين فقد يجب أن يكون ههنا قدر ما إذا أعطاه من أنفسهم الكفر وجب على المسلمين قبول ذلك منهم فيكون أقلها محدودا وأكثرها غير محدود وأما الجزية الثالثة فهي العشرة وذلك أن جمهور العلماء على انه ليس على أهل الذمة عشر ولا زكاة أصلا في أموالهم إلا ما روى عن طائفة منهم أنهم ضاعفوا الصدقة على نصارى بني تغلب أعني أنهم أوجبوا إعطاء ضعف ما على المسلمين من الصدقة في شئ من الأشياء التي تلزم فيها المسلمين الصدقة وعن قال بهذا القول الشافعي وأبو حنيفة وأحمد والثوري وهو فعل عمر بن الخطاب رضي الله عنه بهم وليس يحفظ عن مالك في ذلك نص فيها حكوا وقد تقدم ذلك في كتاب الزكاة واختلفوا هل يجب العشر عليهم في الأموال التي يتجرون بها الى بلاد المسلمين بنفس التجارة أو بالأذن ان كانوا حريين أم لا تجب إلا بالشرط فرأى مالك وكثير من العلماء أن تجار أهل الذمة الذين لم يمتهم بالافرار في بلدهم الجزية يجب أن يؤخذ منهم بما يجلبونه من بلد الى بلد العشر إلا ما يسوقون الى المدينة خاصة فيؤخذ منهم فيه نصف العشر ووافقه أبو حنيفة في وجوبه بالأذن في التجارة أو بالتجارة نفسها وخالفه في القدر فقال الواجب عليهم نصف العشر ومالك لم يشترط عليهم

في العشر الواجب عنده نصابا ولا حولا وأما أبو حنيفة فاشتراط في وجوب نصف العشر عليهم الحول والنصاب وهو نصاب المسلمين نفسه المذكور في كتاب الزكاة وقال الشافعي ليس يجب عليهم عشر أصلا ولا نصف عشر في نفس التجارة ولا في ذلك شيء محدود الا ما صلح عليه وأشترط فعلى هذا تكون الجزية العشرية من نوع الجزية الصلحية وعلى منذهب مالك وأبي حنيفة تكون جنسا ثالثا من الجزية غير الصلحية والتي على الرقاب وسبب اختلافهم انه لم يأت في ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم سنة يرجع اليها وانما ثبت أن عمر بن الخطاب فعل ذلك بهم فمن رأى أن فعل عمر هذا انما فعله بأمر كان عنده في ذلك من رسول الله صلى الله عليه وسلم أو يجب أن يكون ذلك سنتهم ومن رأى أن فعله هذا كان على وجه الشرط اذ لو كان على غير ذلك لذكره قال ليس ذلك بسنة لازمة لهم الا بالشرط وحكي أبو عبيد في كتاب الأموال عن رجل من أصحاب النبي عليه الصلاة والسلام لا أذكر اسمه الآن انه قيل له لم كنتم تأخذون العشر من مشركي العرب فقال لأنهم كانوا يأخذون منا العشر اذ دخلنا اليهم قال الشافعي وأقل ما يجب أن يشارطوا عليه هو ما فرضه عمر رضي الله عنه وان شاورطوا على أكثر فحسن قال وحكم الحربي اذ دخل بأمان حكم الذمي (وأما المسئلة السادسة) وهي فيماذا تصرف الجزية فانهم اتفقوا على إنها مشتركة لمصالح المسلمين من غير تحديد كالحال في الشيء عند من رأى انه مصروف الى اجتهاد الامام حتى لقد رأى كثير من الناس ان اسم الشيء انما ينطلق على الجزية في آية الشيء واذا كان الأمر هكذا فالأموال الاسلامية ثلاثة أصناف صدقة وفيء وغنمة وهذا القدر كاف في تحصيل قواعد هذا الكتاب والله الموفق للصواب

﴿ كتاب الايمان ﴾

وهذا الكتاب ينقسم أولا الى جلتين الجلة الاولى في معرفة ضروب الايمان وأحكامها والجلة الثانية في معرفة الأشياء الرافعة للايمان اللازمة وأحكامها (الجلة الاولى) وهذه الجلة فيها ثلاثة فصول الفصل الأول في معرفة الايمان المباحة وتمييزها من غير المباحة الثاني في معرفة الايمان اللغوية والمنعقدة الثالث في معرفة الايمان التي ترفعها الكفارة والتي لا ترفعها

﴿ الفصل الأول ﴾

واتفق الجمهور على أن الأشياء منها ما يجوز في الشرع أن يقسم به ومنها ما يجوز أن يقسم به واختلفوا أي الأشياء هي الأشياء التي بهذه الصفة فقال قوم ان الحلف المباح في الشرع هو الحلف بالله وان الحلف بغير الله عاص وقال قوم بل يجوز الحلف بكل معظم بالشرع والذين قالوا ان الايمان المباحة هي الايمان بالله اتفقوا على إباحة الايمان التي بأسمائه واختلفوا في الايمان التي بصفاته وأفعاله وسبب اختلافهم في الحلف بغير الله من الأشياء المعظمة بالشرع معارضة ظاهر الكتاب في ذلك للاثر وذلك أن الله قد أقسم في الكتاب بأشياء كثيرة مثل قوله (والسما والطارق) وقوله (والنجم اذا هوى) الى غير ذلك من الاقسام الواردة في القرآن وثبت أن النبي عليه الصلاة والسلام قال ان الله ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم من كان حالفا فليحلف بالله أو ليصمت فمن جمع بين الأثر والكتاب بأن قال ان الأشياء الواردة في الكتاب المقسوم بها فيها محذوف وهو الله تبارك وتعالى وان التقدير ورب النجم ورب السماء قال الايمان المباحة •

هي الخلف بالله فقط ومن جع بينهما بأن المقصود بالحديث انما هو أن لا يعظم من لم يعظم الشرع بدليل قوله فيه ان الله ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم وان هذا من باب الخاص أراده العام أجاز الحلف بكل معظم في الشرع فاذا سبب اختلافهم هو اختلافهم في بناء الآي والحديث وأما من منع الحلف بصفات الله وبأفعاله فضعيف وسبب اختلافهم هو هل يقتصر بالحديث على ما جاء من تعليق الحكم فيه بالاسم فقط أو يعمد الى الصفات والأفعال لكن تعليق الحكم في الحديث بالاسم فقط وجود كثير وهو أشبه بمذهب أهل الظاهر وإن كان مري ويا في المذهب حكاها للخمى عن محمد بن المواز وسدت فرقة فمعت اليمين بالله عز وجل والحديث نص في مخالفة هذا المذهب

﴿ الفصل الثاني ﴾

واتفقوا أيضا على أن الإيمان مناهغو ومنها من عقده لقوله تعالى (لا يؤخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤخذكم بما عقدتم الإيمان) واختلفوا في ماهي اللغو فذهب مالك وأبو حنيفة الى أنها اليمين على الشيء يظن الرجل أنه على يقين منه فيخرج الشيء على خلاف ما حلف عليه وقال الشافعي لغو اليمين ما لم تنعقد عليه النية مثل ما جرت به العادة من قول الرجل في أثناء الخطابة لا والله لا بالله مما يجري على اللسان العادة من غير أن يعتقده لزومه وهذا القول رواه مالك في الموطأ عن عائشة والقول الأول مروى عن الحسن بن أبي الحسن وقتادة ومجاهد وإبراهيم النخعي وفيه قول ثالث وهو أن يحلف الرجل وهو غضبان وبه قال إسماعيل القاضي من أصحاب مالك وفيه قول رابع وهو الحلف على المعصية وروى عن ابن عباس وفيه قول خامس وهو أن يحلف الرجل على أن لا يأكل شيئا مباحا له بالشرع والسبب في اختلافهم في ذلك هو الاشتراك الذي في اسم اللغو وذلك أن اللغو قد يكون الكلام الباطل مثل قوله تعالى (والغوا فيه لعلكم تغلبون) وقد يكون الكلام الذي لا تنعقد عليه نية المتكلم به ويدل على أن اللغو في الآية هو هذا ان هذه اليمين هي ضد اليمين المنعقدة وهي المؤكدة فوجب أن يكون الحكم المضاد للشيء المضاد والذين قالوا ان اللغو هو الحلف في اغلاق أو الحلف على ما لا يوجب الشرع فيه شيئا بحسب ما يعتقده في ذلك قوم فأنما ذهبوا الى أن اللغو هو ما يدل على معنى عر في الشرع وهي الإيمان التي بين الشرع في مواضع أخرى سقوط حكمها مثل ما روى أنه لا إطلاق في اغلاق وما أشبه ذلك لكن الاظهر هما القولان الأولان أعني قول مالك والشافعي

﴿ الفصل الثالث ﴾

وفي هذا الفصل أربع مسائل (المسئلة الأولى) اختلفوا في الإيمان بالله المنعقدة هل يرفع جميعها الكفارة سواء كان حلفا على شيء ماض انه كان فلم يكن وهي التي تعرف باليمين الغموس وذلك اذا تعمده الكذب أو على شيء مستقبل انه يكون من قبل الحالف أو من قبل من هو بسببه فلم يكن فقال الجمهور ليس في اليمين الغموس كفارة وانما الكفارة في الإيمان التي تكون في المستقبل اذا خالف اليمين الحالف وعن قال بهذا القول مالك وأبو حنيفة وأجدين حنبل وقال الشافعي وجاعة يجب فيها الكفارة أي تسقط الكفارة الاثم فيها كما تسقط في غير الغموس وسبب اختلافهم معارضة عموم الكتاب للآثر وذلك (١٦) - (بداية المجتهد) - (اول)

أن قوله تعالى (ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الإيمان فكفارته اطعام عشرة مساكين) الآية توجب أن يكون في الإيمان الغموس كفارة لكونها من الإيمان المنعقدة وقوله عليه الصلاة والسلام من اقتطع حق امرئ مسلم يمينه حرم الله عليه الجنة وأوجب له النار يوجب أن الإيمان الغموس ليس فيها كفارة ولكن للشافعي أن يستثنى من الإيمان الغموسة ما لا يقتطع بها حق الغير وهو الذي ورد فيه النص أو يقول أن الإيمان التي يقتطع بها حق الغير قد جعت الظلم والخلف فوجب ألا تكون الكفارة تهدم الأمرين جميعاً وليس يمكن فيها أن تهدم الخلف دون الظلم لأن رفع الخلف بالكفارة انما هو من باب التوبة وليس تنبعض التوبة في الذنب الواحد بعينه فان تاب وردنا مظامة وكفر سقط عنه جميع الاثم (المسئلة الثانية) واختلف العلماء فيمن قال أنا كافر بالله أو مشرك بالله أو يهودي أو نصراني ان فعلت كذا ثم يفعل ذلك هل عليه كفارة أم لا فقال مالك والشافعي ليس عليه كفارة ولا هذه يمين وقال أبو حنيفة هي يمين وعليه فيها الكفارة اذا خالف اليمين وهو قول أحد بن حنبل أيضاً وسبب اختلافهم هو اختلافهم في هل يجوز اليمين بكل ماله حرمه أم ليس يجوز الا بالله فقط ثم ان وقعت فهل تنعقد أم لا فمن رأى أن الإيمان المنعقدة أغنى التي هي يصيغ القسم انما هي الإيمان الواقعة بالله عز وجل وبأسائه قال لا كفارة فيها اذ ليست بيمين ومن رأى أن الإيمان تنعقد بكل ما عظم الشرع حرمة قال فيها الكفارة لأن الحلف بالتعظيم كالخلف بترك التعظيم وذلك أنه كما يجب التعظيم يجب أن لا يترك التعظيم فكأن من حلف بوجوب حق الله عليه لزمه كذلك من حلف بترك وجوبه لزمه (المسئلة الثالثة) واتفق الجمهور في الإيمان التي ليست اقساماً بشئ وانما تخرج مخرج الالزام الواقع بشرط من الشروط مثل أن يقول القاتل فان فعلت كذا فاعلى مشى الى بيت الله أو ان فعلت كذا وكذا فاعلى حر أو امرأتى طالق انها تازم في القرب وفيما اذا التزمه الانسان لزمه بالشرع مثل الطلاق والعق وختلفوا هل فيها كفارة أم لا فذهب مالك الى أن لا كفارة فيها وانه ان لم يفعل ما حلف عليه ثم ولا بد وذهب الشافعي وأجدوا أبو عبيد وغيرهم الى ان هذا الجنس من الإيمان فيها الكفارة الا الطلاق والعق وقال أبو ثور يكفر من حلف بالعق وقول الشافعي مروى عن عائشة وسبب اختلافهم هل هي يمين أو نذر فمن قال انها يمين واجب فيها الكفارة لسخوطها تحت عموم قوله تعالى (فكفارته اطعام عشرة مساكين) الآية ومن قال انها من جنس النذر أى من جنس الأشياء التي نص الشرع على أنه اذا التزمها الانسان لزمته قال لا كفارة فيها لكن يعسر هذا على المالكية لتسميتهم اياها أيماناً لكن لعلمهم انما سموها أيماناً على طريق التجوز والتوسع واخفى أنه ليس يجب ان تسمى بحسب الدلالة اللغوية أيماناً فان الإيمان في لغة العرب لها صيغ مخصوصة وانما يقع اليمين بالأشياء التي تعظم وليست صيغة الشرط هي صيغة اليمين فأما هل تسمى أيماناً بالعرف الشرعي وهل حكمها حكم الأيمان ففيه نظر وذلك انه قد ثبت أنه عليه الصلاة والسلام قال كفارة النذر كفارة يمين وقال تعالى (لم تحرم ما أحل الله لك) الى قوله قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم فظاهر هذا انه قد سمي بالشرع القول الذي مخرجه مخرج الشرط أو مخرج الالزام دون شرط ولا يمين يميناً فيجب ان تحمل على ذلك جميع الأقاويل التي تجري هذا الجرى الا ما خصه الاجماع من ذلك مثل الطلاق فظاهر الحديث يعطى أن النذر ليس بيمين وإن حكمه حكم اليمين وذهب داود وأهل الظاهر الى أنه ليس يلزم من مثل

هذه الأقاويل أعني الخارجة مخرج الشرط الاما ألزمه الاجماع من ذلك وذلك انها ليست بنذور فيلزم فيها النذور ولا بإيمان فترفعها الكفارة فلم يوجبوا على من قال ان فعلت كذا وكذا فعلى المشى الى بيت الله مشيا ولا كفارة بخلاف ما لو قال على المشى الى بيت الله لأن هذا نذر باتفاق وقد قال عليه الصلاة والسلام من نذر ان يطبخ الله فليطعمه ومن نذر ان يعصيه فلا يعصه فسبب هذا الخلاف في هذه الأقاويل التي تخرج مخرج الشرط هو هل هي إيمان أو نذور أو ليست إيمانا ولا نذورا فتأمل هذا فانه بين ان شاء الله تعالى (المسئلة الرابعة) اختلفوا في قول القائل أقسم أو أشهد ان كان كذا وكذا هل هو إيمان أم لا على ثلاثة أقوال فقيل انه ليس بإيمان وهو أحد قولى الشافعى وقيل انها إيمان ضد القول الاول وبه قال أبو حنيفة وقيل ان أراد الله بها فهو إيمان وان لم يرد الله بها فليست بإيمان وهو مذهب مالك وسبب اختلافهم هو هل المرامى اعتبار صيغة اللفظ أو اعتبار مفهومه بالعادة أو اعتبار النية فمن اعتبر صيغة اللفظ قال ليست بإيمان اذ لم يكن هناك نطق بمقصود به ومن اعتبر صيغة اللفظ بالعادة قال هي إيمان وفي اللفظ محذوف ولا بد وهو الله تعالى ومن لم يعتبر هذين الأمرين واعتبر النية اذ كان اللفظ صالحا للامرين فرق في ذلك كما تقدم (الجله الثانية) وهذه الجلته تنقسم أولا قسمين القسم الأول النظر في الاستثناء والثاني النظر في الكفارات (القسم الأول) وفي هذا القسم فصلان الفصل الأول في شروط الاستثناء المؤثر في الإيمان الفصل الثاني في تعريف الإيمان التي يؤثر فيها الاستثناء من التي لا يؤثر

﴿ الفصل الاول ﴾

وأجمعوا على أن الاستثناء بالجله له تأثير في حل الإيمان واختلفوا في شروط الاستثناء الذي يجب له هذا الحكم بعد أن أجمعوا على انه اذا اجتمع في الاستثناء ثلاثة شروط أن يكون متناسقا مع الإيمان وملفوطا به ومقصودا من أول الإيمان انه لا ينعقد معه الإيمان واختلفوا في هذه الثلاثة مواضع أعني اذا فرق الاستثناء من الإيمان أو نواه ولم ينطق به أو حدثت له نية الاستثناء بعد الإيمان وان أتى به متناسقا مع الإيمان (فأما المسئلة الاولى) وهي اشتراط اتصاله بالقسم فان قوما اشترطوا ذلك فيه وهو مذهب مالك وقال الشافعى لا بأس بينهما بالسكته الخفيفة كسكته الرجل للتذكر أو للتنفس أو لقطع الصوت وقال قوم من التابعين يجوز للحالف الاستثناء ما لم يقم من مجلسه وكان ابن عباس يرى ان له الاستثناء أبدا على ما ذكر عنه متى ما ذكر وانما اتفق الجميع على ان استثناء مشبهة لله في الامر المحلوف على فعله ان كان فعلا أو على تركه ان كان تركا رافع للإيمان لان الاستثناء هو رفع للزوم الإيمان قال أبو بكر بن المنذر ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من حلف فقال ان شاء الله لم يحث وانما اختلفوا هل يؤثر في الإيمان اذ لم توصل بها ولا يؤثر لاختلاف فهم هل الاستثناء حال للانقضاء أم هو مانع له فاذا قلنا انه مانع لا لانقضاء حال له اشترط ان يكون متصلا بالإيمان واذا قلنا انه حال لم يلزم فيه ذلك والذين اتفقوا على انه حال اختلفوا هل هو حال بالقرب أو بالبعد على ما حكينا وقد احتج من رأى انه حال بالقرب بما رواه سعد بن سبأ عن عكرمة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم والله لا غزون قر يشا قالا ثلاث غزوات ثم سكت ثم قال ان شاء الله فدل هذا ان الاستثناء حال للإيمان لا مانع لها من الانقضاء قالوا ومن الدليل على انه حال بالقرب انه لو كان حالا بالبعد على ما رواه ابن عباس لكان الاستثناء يغني عن الكفارة والذي قالوه بين

وأما اشتراط النطق باللسان فإنه اختلف فيه فقيل لا بد فيه من اشتراط اللفظ أى لفظ كان من ألفاظ الاستثناء وسواء كان بالفاظ الاستثناء أو بتخصيص العموم أو بتقييد المطلق هذا هو المشهور وقيل انما ينفع الاستثناء بالنية بغير لفظ في حرف الا فقط أى بما يدل عليه لفظ الاول ليس ينفع ذلك فيما سواه من الحروف وهذه التفرقة ضعيفة والسبب في هذا الاختلاف هو هل تلزم العقود اللازمة بالنية فقط دون اللفظ أو باللفظ والنية معاً مثل الطلاق والعتيق واليمين وغير ذلك (وأما المسئلة الثانية) وهى هل تنفع النية الحادثة في الاستثناء بعد انقضاء اليمين فقيل أيساقى المذهب انها تنفع اذا حدثت متصلة باليمين وقيل بل اذا حدثت قبل ان يتم النطق باليمين وقيل بل الاستثناء على ضربين استثناء من عدد واستثناء من عموم بتخصيص أو من مطلق بتقييد فلا استثناء من العدد لا ينفع فيه الاحداث النية قبل النطق باليمين والاستثناء من العموم ينفع فيه حدوث النية بعد اليمين اذا وصل الاستثناء نطقاً باليمين وسبب اختلافهم هل الاستثناء مانع للعقد أو حال له فان قلنا انه مانع فلا بد من اشتراط حدوث النية في أول اليمين وان قلنا ان حال لم يلزم ذلك وقد أنكر عبد الوهاب ان يشترط حدوث النية في أول اليمين للاتفاق وزعم على ان الاستثناء حال لليمين كالكفارة سواء

﴿ الفصل الثاني من القسم الاول ﴾

وقد اختلفوا في الايمان التي يؤثر فيها استثناء مشيئة الله من التي لا يؤثر فيها فقال مالك وأصحابه لا تؤثر المشيئة الا في الايمان التي تكفر وهى اليمين بالله عندهم أو النذر المطلق على ماسياى وأما الطلاق والعتيق فلا يحاول أن يعلق الاستثناء في ذلك بمجرد الطلاق أو العتيق فقط مثل ان يقول هى طالق ان شاء الله أو عتيق ان شاء الله وهذه ليست عندهم يمينا وأما ان يعلق الطلاق بشرط من الشروط مثل ان يقول ان كان كذا فلهى طالق ان شاء الله أو ان كان كذا فهو عتيق ان شاء الله فاما القسم الاول فلا خلاف في المذهب أن المشيئة غير مؤثرة فيه وأما القسم الثاني وهو اليمين بالطلاق ففي المذهب فيه قولان أحدهما انه اذا صرف الاستثناء الى الشرط الذى علق به الطلاق صح وان صرفه الى نفس الطلاق لم يصح وقال أبو حنيفة والشافعى الاستثناء يؤثر في ذلك كله سواء قرنه بالقول الذى أخرجه مخرج الشرط أو بالقول الذى أخرجه مخرج الخبر وسبب الخلاف ما قلناه من أن الاستثناء هل هو حال أو مانع فاذا قلنا مانع وقرن بلفظ مجرد الطلاق فلا تأثير له فيه اذا قد وقع الطلاق أعنى اذا قال الرجل لزوجه هى طالق ان شاء الله لان المانع انما يهزم لما يقع وهو المستقبل وان قلنا انه حال للعقد وجب أن يكون له تأثير في الطلاق وان كان قد وقع فتأمل هذا فانه بين ولا معنى لقول المالكية ان الاستثناء في هذا مستحيل لان الطلاق قد وقع الا ان يعتقدوا ان الاستثناء هو مانع ل حال فتأمل هذا فانه ظاهر ان شاء الله

﴿ القسم الثاني من الجملة الثانية ﴾

وهذا القسم فيه فصول ثلاثة قواعد الفصل الاول في وجب الحنث وشروطه وأحكامه الفصل الثاني في رافع الحنث وهى الكفارات الفصل الثالث متى ترفع وكفى ترفع

﴿ الفصل الاول ﴾

واتفقوا على أن موجب الحنث هو المخالفة لما انعقدت عليه اليمين وذلك لما فعل ما حلف على ألا يفعله

وأما ترك ما حلف على فعله إذا علم أنه قد تراخى عن فعل ما حلف على فعله إلى وقت ليس يمكنه فيه فعله وذلك في اليمين بالترك المطلق مثل أن يحلف لتأكل هذا الرغيف فأكله غيره أو إلى وقت هو غير الوقت الذي اشترط في وجود الفعل عنه وذلك في الفعل المشروط فعله في زمان محدد مثل أن يقول والله لا أفعل اليوم كذا وكذا فإنه إذا انقضى النهار ولم يفعل حثت ضرورة واختلقوا من ذلك في أربعة مواضع أحدها إذا أتى بالخالف ناسياً أو مكرهاً والثاني هل يتعلق بموجب اليمين بأقل ما ينطلق عليه الاسم أو بجميعه والموضع الثالث هل يتعلق اليمين بالمعنى المساوي لصيغة اللفظ أو بمفهومه المخصص للصيغة والمعنى لها والموضع الرابع هل اليمين على نية الخالف أو المستحلف (فأما المسئلة الأولى) فإن مالكاً يرى الساهي والمكره بمنزلة العائد والساهي يرى أن لاحت على الساهي ولا على المكره وسبب اختلافهم معارضة عموم قوله تعالى (ولكن يؤخذكم بما عقدتم الإيمان) ولم يفرق بين عامد وناس لعوم قوله عليه الصلاة والسلام رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه فإن هذين العمومين يمكن أن يخص كل واحد منهما بصاحبه وأما الموضع الثاني فمثل أن يحلف أن لا يفعل شيئاً ففعل بعضه أو أنه يفعل شيئاً فلم يفعل بعضه فعند مالك أنه إذا حلف ليأكل هذا الرغيف فأكل كل بعضه لا يبرأ إلا بالأكل كله وإذا قال لا أكل هذا الرغيف أنه يحنث إن أكل كل بعضه وعند الشافعي وأبي حنيفة أنه لا يحنث في الوجهين جميعاً خلا على الاختباء كثيراً ما يدل عليه الاسم وأما فريق مالك بين الفعل والترك فلم يجر في ذلك على أصل واحد لأنه إذا حلف بالترك بأقل ما يدل عليه الاسم وأخلف الفعل بجميع ما يدل عليه الاسم وكأنه ذهب إلى الاحتياط (وأما المسئلة الثالثة) فمثل أن يحلف على شيء بعينه يفهم منه القصد إلى معنى أعم من ذلك الشيء الذي لفظ به أو أخص أو يحلف على شيء وينوي به معنى أعم أو أخص أو يكون للشيء الذي حلف عليه اسمان أحدهما القوي والآخر عرى وأحدهما أخص من الآخر وأما إذا حلف على شيء بعينه فإنه لا يحنث عند الشافعي وأبي حنيفة إلا بالمخالفة الواقعة في ذلك الشيء بعينه الذي وقع عليه الحلف وإن كان المفهوم منه معنى أعم أو أخص من قبل الدلالة العرفية وكذلك أيضاً فيما أحسب لا يعتبرون النية المخالفة للفظ وإنما يعتبرون مجرد الالفاظ فقط وأما مالك فإن المشهور من مذهبه أن المعتبر أولاً عنده في الإيمان التي لا يقضى على مخالفتها عوجها هو النية فإن عدمت فقرينة الحال فإن عدمت فصرف اللفظ فإن عديم فدلالة اللغة وقيل لأراعي الالنية أو ظاهر اللفظ القوي فقط وقيل براعى النية بوساطة الحال ولا يراعى العرف وأما الإيمان التي يقضى بها على صاحبها فإنه إن جاء الخالف مستقياً كان حكمه حكم اليمين التي لا يقضى بها على صاحبها من مراعاة هذه الأشياء فيها على هذا الترتيب وإن كان مما يقضى بها عليه لم يراع فيها إلا اللفظ إلا أن يشهد بإدعى من النية المخالفة لظاهر اللفظ قرينة الحال أو العرف (وأما المسئلة الرابعة) فإنهم اتفقوا على أن اليمين على نية المستحلف في السعوى واختلقوا في غير ذلك مثل الإيمان على المواعيد فقال قوم على نية الخالف وقال قوم على نية المستحلف وثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اليمين على نية المستحلف وقال عليه الصلاة والسلام يمينك على ما يدقك عليه صاحبك خرج هذين الحديثين مسلم ومن قال اليمين على نية الخالف فأما اعتبر المعنى القائم بالنفس من اليمين لا ظاهر اللفظ وفي هذا الباب فروع كثيرة لكن هذه المسائل الأربع هي أصول هذا الباب إذ يكاد

أن يكون جميع الاختلاف الواقع في هذا الباب راجعاً الى الاختلاف في هذه وذلك في الاكثر مثل اختلافهم فيمن حلف أن لا يأكل رؤساً فأكل رؤس حيتان هل يحنت أم لا فن راعى العرف قال لا يحنت ومن راعى دلالة اللفظ قال يحنت ومثل اختلافهم فيمن حلف ان لا يأكل لحماً فأكل كل شحماً فن اعتبر بدلالة اللفظ الحقيقي قال لا يحنت ومن رأى ان اسم الشيء قد ينطلق على ما يتولد منه قال يحنت وبالجملة فاختلافهم في المسائل الفرعية التي في هذا الباب هي راجعة الى اختلافهم في هذه المسائل التي ذكرنا وراجعة الى اختلافهم في دلالات الالفاظ التي يحلف بها وذلك أن منها ما هي بجملة ومنها ما هي ظاهرة ومنها ما هي نصوص

الفصل الثاني

واتفقوا على ان الكفارة في الايمان هي الاربعة الانواع التي ذكر الله في كتابه في قوله تعالى (فكفارته) الآية وجهورهم على أن الخالف اذا حنت غير بين الثلاثة منها أعنى الاطعام أو الكسوة أو العتق وأنه لا يجوز له الصيام الا اذا حجز عن هذه الثلاثة لقوله تعالى (فن لم يجد فصيام ثلاثة أيام) الاماروي عن ابن عمر انه كان اذا غلظ العين أعنت أو كسا واذ لم يغلظها أطم واختلفوا من ذلك في سبع مسائل مشهورة المسئلة الاولى في مقدار الاطعام لكل واحد من العشرة مساكين الثانية في جنس الكسوة اذا اختار الكسوة وعددها الثالثة في اشتراط التتابع في صيام الثلاثة الايام أو لا اشتراطه الرابعة في اشتراط العدد في المساكين الخامسة في اشتراط الاسلام فيهم والحرية السادسة في اشتراط السلامة في الرقبة المعتقة من العيوب السابعة في اشتراط الايمان فيها (المسئلة الاولى) أما مقدار الاطعام فقال مالك والشافعي وأهل المدينة يعطى لكل مسكين مدين حنطة بمد النبي صلى الله عليه وسلم الا ان مالك قال للمد خاص باهل المدينة فقط لصيق معايشهم وأما سائر المدن فيعطون الوسط من نفقتهم وقال ابن القاسم يجزى المد في كل مدينة مثل قول الشافعي وقال أبو حنيفة وأصحابه يعطيه نصف صاع من حنطة أو صاعاً من شعير أو تمر قال فان غداهم وعشاهاً جزء والسبب في اختلافهم في ذلك اختلافهم في تأويل قوله تعالى (من أوسط ما تطعمون أهليكم) هل المراد بذلك أكلة واحدة أو قوت اليوم وهو غداء وعشاء فن قال أكلة واحدة قال المد وسط في الشبع ومن قال شدة وعشاء قال نصف صاع ولاختلافهم أيضاً سبب آخر وهو تردد هذه الكفارة بين كفارة الفطر متعمداً في رمضان وبين كفارة الاذى فن شبهها بكفارة الفطر قال مدواحد ومن شبهها بكفارة الاذى قال نصف صاع واختلفوا هل يكون مع الخبز في ذلك اداً أم لا وان كان فما هو الوسط فيه فقيل يجزى الخبز فقاروا وقال ابن حبيب لا يجزى وقيل الوسط من الادام الزيت وقيل اللبن والسمن والتمر واختلف أصحاب مالك من الاهل الذين أضاف اليهم الوسط من الطعام في قوله تعالى (من أوسط ما تطعمون أهليكم) فقيل أهل المكفر وعلى هذا انما يخرج الوسط من الشيء الذي منه يعيش ان قطنية فطنتية وان حنطة فحنطة وقيل بل هم أهل البلد الذي هو فيه وعلى هذا فالمعتبر في اللازم له هو الوسط من عيش أهل البلد لا من عيشه أعنى الغالب وعلى هذين القولين يحمل قدر الوسط من الاطعام أعنى الوسط من قدر ما يطعم أهله أو الوسط من قدر ما يطعم أهل البلد أهليهم الا في المدينة خاصة (وأما المسئلة الثانية) وهي الجزئ من الكسوة فان مالكاً رأى ان الواجب في ذلك

هو أن يكسى ما يجزى فيه الصلاة فإن كسا الرجل كسا ثوبا وإن كسا النساء كسا ثوبين درعا وخمارا وقال الشافعى وأبو حنيفة يجزى في ذلك أقل ما ينطلق عليه الاسم أزار أو قيص أو سراويل أو عمامة وقال أبو يوسف لا تجزى العمامة ولا السراويل وسبب اختلافهم هل الواجب الاختباء أقل دلالة الاسم اللغوى والمعنى الشرعى (وأما المسألة الثالثة) وهى اختلافهم فى اشتراط تتابع الايام الثلاثة فى الصيام فإن مالكا والشافعى لم يشترطا فى ذلك وجوب التتابع وإن كانا استحباها واشترط ذلك أبو حنيفة وسبب اختلافهم فى ذلك شيان أحدهما هل يجوز العمل بالقراءة التى ليست فى المصحف وذلك أن فى قراءة عبد الله بن مسعود فصيام ثلاثة أيام متتابعات والسبب الثانى اختلافهم هل يحمل الامر بمطلق الصوم على التتابع أم ليس يحمل إذا كان الاصل فى الصيام الواجب بالشرع انما هو التتابع (وأما المسألة الرابعة) وهى اشتراط العدد فى المساكين فإن مالكا والشافعى قال لا يجزى به الا أن يطعم عشرة مساكين وقال أبو حنيفة ان أطعم مسكينا واحدا عشرة أيام أجزأه والسبب فى اختلافهم هل الكفارة حق واجب للعدد المذكور أو حق واجب على المكفر فقصر بالعدد المذكور فإن قلنا انه حق واجب للعدد كالوصية فلا بد من اشتراط العدد وإن قلنا حق واجب على المكفر لكنه قدر بالعدد أجزأ من ذلك اطعام مسكين واحد على عدد المذكورين والمسألة محتملة (وأما المسألة الخامسة) وهى اشتراط الاسلام والحرية فى المساكين فإن مالكا والشافعى اشترطهما ولم يشترط ذلك أبو حنيفة وسبب اختلافهم هل استيجاب الصدقة هو بالفقر فقط أو بالاسلام إذا كان السمع قد نبأ أنه شاب بالصدقة على الفقير الغير مسلم فمن شبه الكفارة بالزكاة الواجبة للمسلمين اشترط الاسلام فى المساكين الذين يجب لهم هذه الكفارة ومن شبهها بالصدقات التى تكون عن تطوع أجاز أن يكونوا غير مسلمين وأما سبب اختلافهم فى العبيد فهو هل يتصور فيهم وجود الفقر أم لا إذا كانوا مكفين من ساداتهم فى غالب الاحوال أو ممن يجب أن يكفوا فمن راعى وجود الفقر فقط قال العبيد والاحرار سواء إذا قد يوجد من العبيد من يجوعه سيده ومن راعى وجوب الحق له على الغير بالحكم قال العبيد يجب على السيد القيام بهم ويقضى بذلك عليه وإن كان معسرا قضى عليه ببيعته فليس يحتاجون الى المعونة بالكفارات وما جرى مجراها من الصدقات (وأما المسألة السادسة) وهى هل من شرط الرقبة أن تكون سليمة من العيوب فإن فقهاء الامصار شرطوا ذلك أعنى العيوب المؤثرة فى الايمان وقال أهل الظاهر ليس ذلك من شرطها وسبب اختلافهم هل الواجب الاختباء أقل ما يدل عليه الاسم أو باتم ما يدل عليه (وأما المسألة السابعة) وهى اشتراط الايمان فى الرقبة أيضا فإن مالكا والشافعى اشترطوا ذلك وأجاز أبو حنيفة أن تكون الرقبة غير مؤمنة وسبب اختلافهم هو هل يحمل المطلق على التقيد فى الاشياء التى تتفق فى الاحكام وتختلف فى الاسباب حكم حال هذه الكفارات مع كفارة الظهار فمن قال يحمل المطلق على التقيد فى ذلك قال باشتراط الايمان فى ذلك جلا على اشتراط ذلك فى كفارة الظهار فى قوله تعالى (قصر برقبة مؤمنة) ومن قال لا يحمل وجب عنده أن يبقى موجب اللفظ على اطلاقه

﴿ الفصل الثالث ﴾

وأما متى ترفع الكفارة الحنث وتمحوه فأنهم اختلفوا فى ذلك فقال الشافعى إذا كفر بعد الحنث أو قبله

فقد ارتفع الائم وقال أبو حنيفة لا يرتفع الحنث الا بالتكفير الذي يكون بعد الحنث لاقبله وروى عن مالك في ذلك القولان جميعا وسبب اختلافهم شيان أحدهما اختلاف الرواية في قوله عليه الصلاة والسلام من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليأت الذي هو خير وليكفر عن يمينه فان قوما رووه هكذا وقوم رووه فليكفر عن يمينه وليأت الذي هو خير وظاهر هذه الرواية أن الكفارة تجوز قبل الحنث وظاهر الثانية انها بعد الحنث والسبب الثاني اختلافهم في هل يجزئ تقديم الحق الواجب قبل وقت وجوبه لانه من الظاهر أن الكفارة انما تجب بعد الحنث كالزكاة بعد الحول ولقائل أن يقول ان الكفارة انما تجب برادة الحنث والعزم عليه كالحال في كفارة الظهار فلا يدخله الخلاف من هذه الجهة وكان سبب الخلاف من طريق المعنى هو هل الكفارة رافعة للحنث اذا وقع أو مانعة من أن يقال مانعة أجاز تقديمها على الحنث ومن قال رافعة لم يجزها الا بعد وقوعه وأما تعدد الكفارات بتعدد الايمان فانهم اتفقوا فيما علمت أن من حلف على أمور شتى يمين واحدة ان كفارته كفارة يمين واحدة وكذلك فيما أحسب لا خلاف بينهم انه اذا حلف بإيمان شتى على شئ واحد ان الكفارات الواجبة في ذلك بتعدد الايمان كالحالف بإيمان شتى على أشياء شتى واختلفوا اذا حلف على شئ واحد بعينه مرارا كثيرة فقال قوم في ذلك كفارة يمين واحدة وقال قوم في كل يمين كفارة الا ان يريد التأكيده وهو قول مالك وقال قوم فيها كفارة واحدة الا ان يريد التغليظ وسبب اختلافهم هل الموجب للتعدد هو تعدد الايمان بالجنس أو بالعدد فمن قال اختلافها بالعدد قال لكل يمين كفارة اذا كرر ومن قال اختلافها بالجنس قال في هذه المسئلة يمين واحدة واختلفوا اذا حلف في يمين واحدة باكثر من صفتين من صفات الله تعالى هل تعدد الكفارات بتعدد الصفات التي تضمنت اليمين أم في ذلك كفارة واحدة فقال مالك الكفارة في هذه اليمين متعددة بتعدد الصفات فمن حلف بالسميع العليم الحكيم كان عليه ثلاث كفارات عنده وقال قوم ان أراد الكلام الاول وجاء بذلك على انه قول واحد فكفارة واحدة اذا كانت يميناً واحدة والسبب في اختلافهم هل مراعاة الوحدة أو الكثرة في اليمين هو راجع الى صيغة القول أولى تعدد الاشياء التي يشغل عليها القول الذي مخرجه مخرج يمين فمن اعتبر الصيغة قال كفارة واحدة ومن اعتبر عدد ما تضمنته صيغة القول من الاشياء التي يمكن أن يقسم بكل واحد منها على انفراده قال الكفارة متعددة بتعدد ما وهذا القدر كاف في قواعد هذا الكتاب وسبب الاختلاف في ذلك والله المعين برحمته

✽ كتاب النذور ✽

وهذا الكتاب فيه ثلاثة فصول الفصل الاول في أصناف النذور الفصل الثاني فيما يلزم من النذور وما لا يلزم وجلة أحكامها الثالث في معرفة الشئ الذي يلزم عنها أحكامها

✽ الفصل الأول ✽

والنذور تنقسم أولاً قسمين قسم من جهة اللفظ وقسم من جهة الأشياء التي تنذر فاما من جهة اللفظ فانه ضر بان مطلق وهو المخرج مخرج الخبر ومقيد وهو المخرج مخرج الشرط والمطلق على ضربين مصرح فيه بالشئ المنذوره به وغير مصرح فالأول مثل قول القائل لله علي نذر أن أحجج والثاني مثل قوله لله علي نذر دون أن يصرح بمخرج النذر والأول ربما صرح فيه بلفظ النذور بما لم يصرح

فيه به مثل أن يقول لله عليّ أن أحج وأما المقيد المخرج مخرج الشرط فكقول القائل إن كان كذا فعلي لله نذر كذا وأن أفعل كذا وهذا بمعلقه بفعل من أفعال الله مثل أن يقول إن شئ الله مرضى فعليّ نذر كذا وكذا وبمعلقه بفعل نفسه مثل أن يقول إن فعلت كذا فعليّ نذر كذا وهذا هو الذي يسميه الفقهاء أيمانا وقد تقدم من قولنا انها ليست بأيمان فهذه هي أصناف النذر من جهة الصيغ وأما أصنافه من جهة الأشياء التي من جنس المعاني المتدوير بها فانه تنقسم إلى أربعة أقسام نذر بأشياء من جنس القرب ونذر بأشياء من جنس المعاصي ونذر بأشياء من جنس المكروهات ونذر بأشياء من جنس المباحات وهذه الأربعة تنقسم قسمين نذر بتركها ونذر بفعلها

﴿ الفصل الثاني ﴾

وأما ما يلزم من هذه النذور وما لا يلزم فانهم اتفقوا على لزوم النذر المطلق في القرب إلا ما حكى عن بعض أصحاب الشافعي أن النذر المطلق لا يجوز وإنما اتفقوا على لزوم النذر المطلق إذا كان على وجه الرضا لا على وجه اللجاج وصرح فيه بلفظ النذر لا إذا لم يصرح وسواء كان النذر مصحافه بالشئ المنذور أو كان غير مصرح وكذلك أجعوا على لزوم النذر الذي مخرجه مخرج الشرط إذا كان نذرا بقربة وإنما صاروا لجوب النذر لعوم قوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود) ولأن الله تعالى قد مدح به فقال يوفون بالنذر وأخبر بوقوع العقاب بنقضه فقال (ومنهم من عاهد الله لئن آتانا من فضله الآية إلى قوله بما كانوا يكذبون) والسبب في اختلافهم في التصريح بلفظ النذر في النذر المطلق هو اختلافهم في هل يجب النذر بالنية واللفظ معا وبالنية فقط فن قال بهما معا إذا قال الله عليّ كذا وكذا ولم يقل نذر لم يلزمه شئ لأنه أخبر بوجوب شئ لم يوجهه الله عليه الآن يصرح بجهة الوجوب ومن قال ليس من شرطه اللفظ قال بنقض النذر وإن لم يصرح بلفظه وهو مذهب مالك أعني أنه إذا لم يصرح بلفظ النذر أنه يلزم وإن كان من مذهبه أن النذر لا يلزم إلا بالنية واللفظ لكن رأى أن حذف لفظ النذر من القول غير معتبر إذا كان المقصود بالأقاويل التي مخرجها مخرج النذر وإن لم يصرح فيها بلفظ النذر وهذا مذهب الجمهور والأول مذهب سعيد بن المسيب ويشبه أن يكون من لم يلزم النذر المطلق إنما فعل ذلك من قبل أنه حل الأمر بالوفاء على التنب وكذلك من اشترط فيه الرضا فأنما اشترطه لأن القربة إنما تكون على جهة الرضا لا على جهة اللجاج وهو مذهب الشافعي وأما مالك فالنذر عنده لازم على أي جهة وقع فهذا ما اختلفوا في لزومه من جهة اللفظ وأما ما اختلفوا في لزومه من جهة الأشياء المتدوير بها فإن فيه من المسائل الأصول اثنتين (المسئلة الأولى) اختلفوا فيمن نذر معصية فقال مالك والشافعي وجهور العلماء ليس يلزمه في ذلك شئ وقال أبو حنيفة وسفيان والكوفيون بل هو لازم واللازم عندهم فيه هو كفارة يمين لا فعل المعصية وسبب اختلافهم تعرض ظواهر الآثار في هذا الباب وذلك أنه روى في هذا الباب حديثان أحدهما حديث عائشة عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال من نذر أن يطيع الله فليطعه ومن نذر أن يعصى الله فليأصمه فظاهر هذا أنه لا يلزم النذر بالمعصية والحديث الثاني حديث عمران بن حصين وحديث أبي هريرة الثابت عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال لا نذر في معصية الله وكفارة كفارة يمين وهذا نص في معنى اللزوم فن جمع بينهما في هذا قال الحديث الأول تضمن الاعلام

بأن المعصية لا تلزم وهذا الثاني تضمن لزوم الكفارة فمن رجح ظاهر حديث عائشة اذ لم يصح عنده حديث عمران وأبي هريرة قال ليس يلزم في المعصية شيء ومن ذهب مذهب الجمع بين الحديثين أوجب في ذلك كفارة يمين قال أبو عمر بن عبد البر ضعفاً أهل الحديث حديث عمران وأبي هريرة قالوا لأن حديث أبي هريرة يدور على سليمان بن أرقم وهو متروك الحديث وحديث عمران بن الحصين يدور على زهير بن محمد عن أبيه وأبوه مجهول لم يرو عنه غير ابنه وزهير أيضاً عنده من أكبر ولكنه خرج به مسلم من طريق عقبة بن عامر وقد جرت عادة المالكية أن يحتجوا بالمالك في هذه المسئلة بما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى رجلاً قائماً في الشمس فقال ما بال هذا قالوا نذراً أن لا يتكلم ولا يستظل ولا يجلس ويصوم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم مروه فليتكلم وليجلس وليتم صيامه قالوا فأمره ان يتم ما كان طاعة لله ويترك ما كان معصية وليس بالظاهر ان ترك الكلام معصية وقد أخبر الله أنه نذر مريم وكذلك يشبه أن يكون القيام في الشمس ليس بمعصية الا ما يتعلق بذلك من جهة اتعاب النفس فان قيل فيه معصية فبالقياس لا بالنص فالأصل فيه أنه من المباحات (المسئلة الثانية) واختلفوا فيمن حرم على نفسه شيئاً من المباحات فقال مالك لا يلزم ما عدا الزوجة وقال أهل الظاهر ليس في ذلك شيء وقال أبو حنيفة في ذلك كفارة يمين وسبب اختلافهم معارضة مفهوم النظر لظاهر قوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا لا تحرموا ما أحل الله لكم تبتغي مرضات أزواجكم) وذلك ان النذر ليس هو اعتقاد خلاف الحكم الشرعي أعني من تحريم محل أو تحليل محرم وذلك ان التصرف في هذا انما هو للشارع فوجب أن يكون لمكان هذا المفهوم ان من حرم على نفسه شيئاً أباحه الله بالشرع انه لا يلزمه كمالاً يلزم ان نذر تحليل شيء حرمه الشرع وظاهر قوله تعالى (قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم) اثر العتب على التحريم يوجب ان تكون الكفارة محل هذا العقد واذا كان ذلك كذلك فهو غير لازم والفرقة الاولى تأولت التحريم المذكور في الآية انه كان للعقد يمين وقد اختلف في الشيء الذي نزل فيه هذه الآية وفي كتاب مسلم ان ذلك كان في شربة عسل وفيه عن ابن عباس أنه قال اذا حرم الرجل عليه امرأته فهو يمين يكفرها وقال (لقد كان لكم في رسول الله أسوة حسنة)

❦ الفصل الثالث ❦

وأما اختلافهم فيما اذا يلزم في نذر نذر من التنوير وأحكام ذلك فان فيه اختلافاً كثيراً لكن نشير نحن من ذلك الى مشهورات المسائل في ذلك وهي التي تتعلق أكثر ذلك بالنطق الشرعي على عادتنا في هذا الكتاب وفي ذلك مسائل خمس (المسئلة الاولى) اختلفوا في الواجب في النذر المطلق الذي ليس يعين فيه الناذر شيئاً سوى أن يقول لله عليّ نذر فقال كثير من العلماء في ذلك كفارة يمين لا غير وقال قوم بل فيه كفارة الظاهر وقال قوم أقل ما ينطق عليه الاسم من القرب صيام يوم أو صلاة ركعتين وانما صار الجمهور لوجوب كفارة اليمين فيه للثابت من حديث عقبة بن عامر أنه عليه السلام قال كفارة النذر كفارة يمين خرج به مسلم وأما من قال صيام يوم أو صلاة ركعتين فاما مذهب مذهب من يرى ان المجزئ أقل ما ينطق عليه الاسم وصلاة ركعتين أو صيام يوم أقل ما ينطق عليه اسم النذر وأما من قال فيه كفارة الظاهر فخرج عن القياس والسماح (المسئلة الثانية) اتفقوا على لزوم النذر بلشيء الى بيت الله أعني اذا نذر المشي

راجلا واختلفوا اذا عجز في بعض الطريق فقال قوم لائى عليه وقال قوم عليه واختلفوا فيها ذاعليه على ثلاثة أقوال فذهب أهل المدينة الى أن عليه أن يمشی مرة أخرى من حيث عجز وان شاء ركب وأجزأه وعليه دم وهذا مروي عن علي وقال أهل مكة عليه هدى دون إعادة مشى وقال مالك عليه الأمر ان جميعا يعني انه يرجع فيمشى من حيث وجب وعليه هدى والهدى عنده بدنأ وبقرة أو شاة ان لم يجد بقرة أو بدنة وسبب اختلافهم منازعة الاصول لهذه المسئلة ومخالفة الأثر لها وذلك أن من شبه العاجز اذا مشى مرة ثانية بالمقتع والقارن من أجل أن القارن فعل ما كان عليه في سفرين في سفر واحد وهذا فعل ما كان عليه في سفر واحد في سفرين قال يجب عليه هدى القارن أو المقتع ومن شبهه بسائر الأفعال التي تنوب عنها في الحج اراقه الدم قال فيه دم ومن أخذ بالآثار الواردة في هذا الباب قال اذا عجز فلاشئ عليه قال أبو عمرو والسنن الواردة الثابتة في هذا الباب دليل على طرح المسئلة وهو كما قال وأحد ما حدث عقبة بن عامر الجهني قال نذرت أختي أن تمشى الى بيت الله عز وجل فأمرتني أن أستفتي لمارسول الله صلى الله عليه وسلم فاستفتيت لمارسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لئمنش ولتركب خرجه مسلم وحديث أنس ابن مالك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى رجلا يهادى بين ابنتيه فسأل عنه فقالوا نذرت أن يمشى فقال عليه الصلاة والسلام ان الله لغنى عن تعذيب هذا نفسه وأمره ان يركب وهذا أيضا ثابت (المسئلة الثالثة) اختلفوا بعد اتفاقهم على لزوم المشى في حج أو عمرة فحين نذرت أن يمشى الى مسجد النبي صلى الله عليه وسلم وإلى بيت المقدس يرى بذلك الصلاة فيهما فقال مالك والشافعي يلزمه المشى وقال أبو حنيفة لا يلزمه شئ وحيث صلى أجزأه وكذلك عنده ان نذر الصلاة في المسجد الحرام وانما وجب عنده المشى بالنذر الى المسجد الحرام لمكان الحج والعمرة وقال أبو يوسف صاحبه من نذرت أن يصلى في بيت المقدس أو في مسجد النبي عليه الصلاة والسلام يلزمه وان صلى في البيت الحرام أجزأه عن ذلك وأكثر الناس على ان النذر لاسوى هذه المساجد الثلاثة لا يلزم لقوله عليه الصلاة والسلام لاتسرج المظلي الا ثلاث فذكر المسجد الحرام ومسجده وبيت المقدس وذهب بعض الناس الى أن النذر الى المساجد التي يرجى فيها فضل زائد واجب واحتج في ذلك بقول ابن عباس لولده المرأة التي نذرت أن تمشى الى مسجد قباء فانت أن يمشى عنها وسبب اختلافهم في النذر الى ما عدا المسجد الحرام اختلافهم في المعنى الذي اليه تسرج المظلي الى هذه الثلاثة مساجد هل ذلك لموضع صلاة الفرض فيما عدا البيت الحرام أو لموضع صلاة النفل فحين قال لموضع صلاة الفرض وكان الفرض عنده لا ينذر اذا كان واجبا بالشرع قال النذر بالمشى الى هذين المسجدين غير لازم ومن كان عنده أن النذر قد يكون في الواجب أو انه يضاف فيه قصد هذان المسجدان لموضع صلاة النفل لقوله عليه الصلاة والسلام صلاة في مسجدي هذا أفضل من ألف صلاة فيما سواه الا المسجد الحرام واسم الصلاة يشمل الفرض والنفل قال هو واجب لكن أبو حنيفة حمل هذا الحديث على الفرض مصيرا الى الجمع بينه وبين قوله عليه الصلاة والسلام صلاة أحكم في بيته أفضل من صلاته في مسجدي هذا الا المكتوبة والواقع التضاد بين هذين الحديثين وهذه المسئلة هي أن تكون من الباب الثاني أحق ان تكون من هذا الباب (المسئلة الرابعة) واختلفوا في الواجب على من نذر أن ينحربه في مقام إبراهيم فقال مالك ينحرب جزوا فداء له وقال أبو حنيفة ينحرب شاة وهو أيضا مروي

عن ابن عباس وقال بعضهم بل ينحر مائة من الابل وقال بعضهم يهدي ديتة وروى ذلك عن علي
وقال بعضهم بل يحج به وبه قال الميث وقال أبو يوسف والشافعي لاشئ عليه لأنه نذر معصية ولا نذر
في معصية وسبب اختلافهم قصة ابراهيم عليه الصلاة والسلام أعنى هل ما تقرب به ابراهيم هو لازم
للمسلمين أم ليس بل لازم فمن رأى أن ذلك شرع خص به ابراهيم قال لا يلزم النذر ومن رأى أنه لازم لنا
قال النذر لازم واخلاف في هل يلزمنا شرع من قبلنا مشهور لكن يتطرق الى هذا اخلاف آخر وهو
أن الظاهر من هذا الفعل أنه كان خاصا بابراهيم ولم يكن شرعا لأهل زمانه وعلى هذا فليس ينبغي أن يختلف
هل هو شرع لنا أم ليس بشرع والذين قالوا أنه شرع انما اختلفوا في الواجب في ذلك من قبل اختلافهم
أيضا في هل يعمل الواجب في ذلك على الواجب على ابراهيم أم يحمل على غير ذلك من القرب الاسلامية
وذلك اما صدقة بديتة واما حج به واما هدى بدنة وأما الذين قالوا مائة من الابل فذهبوا الى حديث
عبد المطلب (المسئلة الخامسة) واقفقوا على أن من نذر أن يجعل ماله كله في سبيل الله أو في سبيل
من سبيل البر أنه يلزمه وأنه ليس ترفعه الكفارة وذلك اذا كانت نذرا على جهة الخبر لا على جهة الشرط
وهو الذي يسمونه ميمنا واختلفوا فعين نذر ذلك على جهة الشرط مثل أن يقول مالي للساكنين ان فعلت
كذا ففعله فقال قوم ذلك لازم كالنذر على جهة الخبر ولا كفارة فيه وهو من ذهب مالك في النذور التي
صيغها هذه الصيغة أعنى أنه لا كفارة فيه وقال قوم الواجب في ذلك كفارة يمين فقط وهو من ذهب الشافعي
في النذور التي يخرجها مخرج الشرط لأنه ألحقها بالحكم الايمان وأما مالك فألحقها بحكم النذور على ما تقدم
من قولنا في كآب الايمان والذين اعتقدوا وجوب اخراج ماله في الموضع الذي اعتقدوه اختلفوا
في الواجب عليه فقال مالك يخرج ثلث ماله فقط وقال قوم بل يجب عليه اخراج جميع ماله وبه قال ابراهيم
النخعي وزفر وقال أبو حنيفة يخرج جميع الاموال التي يجب الزكاة فيها وقال بعضهم ان أخرج مثل زكاة
ماله أجزأه وفي المسئلة قول خامس وهو ان كان المال كثيرا أخرج خمسة وان كان وسطا أخرج سبعة
وان كان يسيرا أخرج عشرة وحد هؤلاء الكثير بألفين والوسط بألف والقليل بخمسمائة وذلك مروى
عن قتادة والسبب في اختلافهم في هذه المسئلة أعنى من قال المال كله أو ثلثه معارضة الاصل في هذا الباب
للأثر وذلك أن ما جاء في حديث أبي لبابة بن عبد المنذر حين تاب الله عليه وأراد أن يتصدق بجميع ماله
فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم يجزيك من ذلك الثلث هو نص في من ذهب مالك وأما الأصل
في وجوب أن اللازم له انما هو جميع ماله جملا على سائر النذر أعنى انه يجب الوفاء به على الوجه الذي قصده
لكن الواجب هو استثناء هذه المسئلة من هذه القاعدة اذ قد استثنائها النص الآن مال الكلام يلزم في هذه
المسئلة أصليه وذلك أنه قال ان حلف أو نذر شيئا معين يلزمه وان كان كل ماله وكذلك يلزم عنده ان عين جزأ
من ماله وهو أكثر من الثلث وهذا مخالف لنص ما رواه في حديث أبي لبابة وفي قول رسول الله صلى الله
عليه وسلم للذي جاء بمثل بيضة من ذهب فقال أصبت هذا من معدن نخذها فهي صدقة ما أملك غيرها
فأعرض عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم جاءه عن يمينه ثم عن يساره ثم من خلفه فأخاها
رسول الله صلى الله عليه وسلم فخذها فإلأصابها لأوجعه وقال عليه الصلاة والسلام يأتي أحدكم بما يملك
فيقول هذه صدقة ثم يقصد يتسكف الناس خيرا الصدقة ما كان عن ظهر غنى وهذا نص في أنه لا يلزم

المال المعين اذا تصدق به وكان جميع ماله ولعل مالكاً لم تصح عنده هذه الآثار وأما سائر الأقاويل التي قيلت في هذه المسئلة فضعاف وبخاصة من حدى ذلك غير الثالث وهذا القدر كافى فى أصول هذا الكتاب والله الموفق للصواب ﴿ كتاب الضحايا ﴾

وهذا الكتاب فى أصوله أربعة أبواب الباب الأول فى حكم الضحايا ومن المخاطب بها الباب الثانى فى أنواع الضحايا وصفاتها وأسنانها وعددها الباب الثالث فى أحكام الذبح الباب الرابع فى أحكام لحوم الضحايا ﴿ الباب الأول ﴾

اختلف العلماء فى الأنحية هل هى واجبة أم هى سنة فذهب مالك والشافعى الى أنها من السنن المؤكدة ورخص مالك للحاج فى تركها بئى ولم يفرق الشافعى فى ذلك بين الحاج وغيره وقال أبو حنيفة الضحية واجبة على المقيمين فى الأمصار والموسرين ولما حجب على المسافرين وخالفه أصحابه أبو يوسف ومحمد فقالا انها ليست بواجبة وروى عن مالك مثل قول أى حنيفة وسبب اختلافهم شيان أحدهما هل فعله عليه الصلاة والسلام فى ذلك محمول على الوجوب أو على الندب وذلك أنه لم يترك صلى الله عليه وسلم الضحية قط فيما روى عنه حتى فى السفر على ما جاء فى حديث ثوبان قال ذبح رسول الله صلى الله عليه وسلم أنحيته ثم قال يا ثوبان أصلح لحم هذه الضحية قال فلم أزل أطعمه منها حتى قدم المدينة والسبب الثانى اختلافهم فى مفهوم الأحاديث الواردة فى أحكام الضحايا وذلك انه ثبت عنه عليه الصلاة والسلام من حديث أم سلمة أنه قال اذا دخل العشر فأراد أحدكم أن يضحي فلا يأخذ من شعره شيئاً ولا من أظفاره قالوا فقله اذا أراد أحدكم أن يضحي فيه دليل على أن الضحية ليست بواجبة ولما أمر عليه الصلاة والسلام لأنى بردة بأعادة أنحيته اذ ذبح قبل الصلاة فهم قوم من ذلك الوجوب ومذهب ابن عباس أن لا وجوب قال عكرمة بن بشير ابن عباس بدرهمين اشتري بهما لحماً وقال من لقيت فقل له هذه ضحية ابن عباس وروى عن بلال أنه ضحى بديك وكل حديث ليس بواردى الغرض الذى يحتج به فيه فالاحتجاج به ضعيف واختلفوا هل يلزم الذى يريد التضحية أن لا يأخذ فى العشر الأول من شعره وأظفاره والحديث بذلك ثابت

﴿ الباب الثانى ﴾

وفى هذا الباب أربع مسائل مشهورة أحداها فى تمييز الجنس والثانية فى تمييز الصفات والثالثة فى معرفة السن والرابعة فى العدد (المسئلة الأولى) أجمع العلماء على جواز الضحايا من جميع بهيمة الأنعام واختلفوا فى الأفضل من ذلك فذهب مالك الى أن الأفضل فى الضحايا الكباش ثم البقر ثم الإبل بعكس الأمر عنده فى الهدايا وقد قيل عنه الإبل ثم البقر ثم الكباش وذهب الشافعى الى عكس ما ذهب اليه مالك فى الضحايا الإبل ثم البقر ثم الكباش وبه قال أشهب وابن شعبان وسبب اختلافهم معارضة القياس لدليل الفعل وذلك انه لم يرو عنه عليه الصلاة والسلام انه ضحى الا بكبش فكان ذلك دليلاً على أن الكباش فى الضحايا أفضل وذلك فيما ذكر بعض الناس وفى البخارى عن ابن عمر ما يدل على خلاف ذلك وهو أنه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يذبح ويذبح بالملعى وأما القياس فلان الضحايا قريبة بحيوان فوجب أن يكون الأفضل فيها الأفضل فى الهدايا وقد احتج الشافعى لمذهبه بعموم قوله عليه الصلاة والسلام من راح فى الساعة الأولى فكأنما قرب بدنة ومن راح فى الساعة الثانية فكأنما

قرب بقره ومن راح في الساعة الثالثة فكأنما قرب كبشا الحديث فكان الواجب حل هذا على جميع
القرب بالحيوان وأما مالك فحمله على الهدايا فقط لثلا يعارض الفعل القول وهو الأولى وقد يمكن أن
يكون لاختلافهم سبب آخر وهو هل الذبح العظيم الذي فدى به إبراهيم سنة باقية الى اليوم وانها الاضحية
وان ذلك معنى قوله وتركاعليه في الآخرين فمن ذهب الى هذا قال الكباش أفضل ومن رأى ان ذلك
ليست سنة باقية لم يكن عنده دليل على أن الكباش أفضل مع أنه قد ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم
ضحى بالأميرين جميعا واذا كان ذلك كذلك فالواجب المصير الى قول الشافعي وكلهم مجمعون على أنه لا تجوز
الضحية بغير هبة الانعام الا ما حكى عن الحسن بن صالح أنه قال تجوز التضحية ببقره الوحش عن سبعة
والظبي عن واحد (المسئلة الثانية) أجمع العلماء على اجتناب العرباء البين عرجها في الضحايا
والمرضة البين مرضها والجفاء التي لاتنقى ^(١) مصير الحديث البراء بن عازب أن رسول الله صلى الله
عليه وسلم سئل ماذا يتقى من الضحايا فأشار بيده وقال أربع وكان البراء يشير بيده ويقول يبدى أقصر
من يدر رسول الله صلى الله عليه وسلم العرباء البين عرجها والعوراء البين عورها والمرضة البين
مرضها والجفاء التي لاتنقى وكذلك أجمعوا على أن ما كان من هذه الأربع خفيفا فلا تأثر له في منع
الاجزاء واختلفوا في موضعين أحدهما فيما كان من العيوب أشد من هذه المنصوص عليها مثل العمى
وكسر الساق والثاني فيما كان مساويا لها في افادة النقص وشيئا أعنى ما كان من العيوب في الاذن
والعين والذنب والفرس وغير ذلك من الاعضاء ولم يكن يسيرا فاما الموضع الاول فان الجمهور على ان
ما كان أشد من هذه العيوب المنصوص عليها فهي أخرى أن تمنع الاجزاء وذهب أهل الظاهر الى أنه
لا تمنع الاجزاء ولا يتجنب بالجملة أكثر من هذه العيوب التي وقع النص عليها وسبب اختلافهم هل هذا
اللفظ الوارد هو خاص أريد به الخصوص أو خاص أريد به العموم فمن قال أريد به الخصوص ولذلك أخبر
بالعدد قال لا يمنع الاجزاء الا هذه الأربعة فقط ومن قال هو خاص أريد به العموم وذلك من النوع الذي
يقع فيه التنبيه بالأدنى على الأعلى قال ما هو أشد من المنصوص عليها فهو أخرى أن لا يجزى وأما الموضع
الثاني أعنى ما كان من العيوب في سائر الأعضاء مفيدا للنقص على نحو افادة هذه العيوب المنصوص
عليها فانهم اختلفوا في ذلك على ثلاثة أقوال أحدها انها تمنع الاجزاء كمنع المنصوص عليها وهو المعروف
من مذهب مالك في الكتب المشهورة والقول الثاني انها لا تمنع الاجزاء وان كان يستحب اجتنابها
وبه قال ابن القصار وابن الجلاب وجاعة من البغداديين من أصحاب مالك والقول الثالث انها لا تمنع
الاجزاء ولا يستحب تجنبها وهو قول أهل الظاهر وسبب اختلافهم شيان أحدهما اختلافهم
في مفهوم الحديث المتقدم والثاني تعارض الآثار في هذا الباب أما الحديث المتقدم فمن رآه من باب الخاص
أريد به الخاص قال لا يمنع ما سوى الأربع معاهو مساوها أو أكثر منها وأما من رآه من باب الخاص
أريد به العام وهم الفقهاء فمن كان عنده انه من باب التنبيه بالأدنى على الأعلى فقط لا من باب التنبيه
بالمساوي على المساوي قال يلحق بهذه الأربع ما كان أشد منها ولا يلحق بهما كان مساويا لها في منع
الاجزاء الأعلى وجه الاستصحاب ومن كان عنده انه من باب التنبيه على الأمرين جميعا أعنى على

ما هو أشد من المنطوق به أو مساو له قال تمتنع العيوب الشبهة بالنصوص عليها الاجزاء كما تمتنع العيوب التي هي أكبر منها فهذا هو أحد أسباب الخلاف في هذه المسئلة وهو من قبل تردد اللفظ بين أن يفهم منه المعنى الخاص أو المعنى العام ثم ان من فهم منه العام فأى عام هو هل الذى هو أكثر من ذلك أو الذى هو أكثر والمساوى معاً على المشهور من منهب مالك وأما السبب الثانى فانه ورد في هذا الباب من الأحاديث الحسان حديثان متعارضان قد ذكر النسائي عن أبى بردة أنه قال يا رسول الله أكره النقص يكون في القرن والأذن فقال له النبي صلى الله عليه وسلم ما كرهته فدعه ولا تحرمه على غيرك وذكر على ابن أبى طالب قال أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نستشرف العين والأذن ولا يصحى بشرفاء ولا خرقاء ولا مدابرة ولا بتراء والشرقاء المشقوقة الأذن والخرقاء المثقوبة الأذن والمدابرة التي قطع من جنبتي أذنها من خلف فن رجح حديث أبى بردة قال لا يتقى الا العيوب الأربع وأما هو أشد منها ومن جمع بين الحديثين بأن حل حديث أبى بردة على اليسر الذي هو غير بين وحديث على الكبر الذي هو بين الحق بحكم النصوص عليها ما هو مساو لها ولذلك جرى أصحاب هذا المذهب الى التحديد فيما تمتنع الاجزاء بما يذهب من هذه الأعضاء فاعتبر بعضهم ذهاب الثلث من الأذن والذنب وبعضهم اعتبر الأكثر وكذلك الأمر في ذهاب الأسنان وأطباء التدى وأما القرن فان مالكا قال ليس ذهاب جزء منه عيبا الآن يكون يدي فانه عنده من باب المرض ولا خلاف في أن المرض اللين يمتنع الاجزاء وخرج أبو داود أن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن أعصاب الأذن والقرن واختلقوا في السكاه وهي التي خلقت بلا أذنين فذهب مالك والشافعي لأنها لا تجوز وذهب أبو حنيفة الى أنه اذا كان خلقه جاز كالأجم ولم يختلف الجمهور ان قطع الأذن كله أو أكثره عيب وكل هذا الاختلاف راجع الى ما قمنا واختلفوا في الأثر فقوم أجازه لحديث جابر الجعفي عن محمد بن قرقطة عن أبى سعيد الخدري أنه قال اشتريت كبشا لأفحى به فأكل الذنب ذنبه فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ضح به وجابر عند أكثر المحذنين لا يحتج به وقوم أيضا منعه حديث على المتقدم (وأما المسئلة الثالثة) وهي معرفة السن المشترطة في الضحايا فانهم أجمعوا على أنه لا يجوز الجذع من المعز بل الثني فما فوقه لقوله عليه الصلاة والسلام لأبى بردة لما أمره بالاعادة يمزيك ولا يمزى جذع عن أحد غيرك واختلفوا في الجذع من الضأن فالجمهور على جوازه وقال قوم بل الثني من الضأن وسبب اختلافهم معارضة العموم للخصوص فالخصوص هو حديث جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تذبحوا الامسة الآن يعسر عليكم فتذبحوا جذعة من الضأن خوجه مسلم والعموم هو ما جاء في حديث أبى بردة بن نيار خوجه من قوله عليه الصلاة والسلام ولا تجزى جذعة عن أحد بعدك فن رجح هذا العموم على الخصوص وهو مذهب أبى محمد بن حزم في هذه المسئلة لأنه زعم أن أبا الزبير مدلس عند المحذنين والمدلس عندهم هو من ليس بجري العنقة من قوله بجري المسئلة سماحه في ذلك وحديث أبى بردة لا مطعن فيه وأما من ذهب الى بناء الخاص على العام على ما هو المشهور عند جمهور الأصوليين فانه استثنى من ذلك العموم جذع الضأن المنصوص عليها وهو الأولى وقد صحح هذا الحديث أبو بكر بن صفور (١) وخطأ

أحمد بن حزم فيما نسب إلى أبي الزبير في غالب ظني في قوله رد فيه على ابن حزم (وأما المسئلة الرابعة) وهي عدم ما يجزى من الضحايا عن المضحين فانهم اختلفوا في ذلك فقال مالك لا يجوز أن يذبح الرجل الكبش أو البقرة أو البدينة مضحيا عن نفسه وعن أهل بيته الذين تازمه نفقتهم بالشرع وكذلك عنده الهدايا وأجاز الشافعي وأبو حنيفة وجاعة أن ينحر الرجل البدينة عن سبع وكذلك البقرة مضحيا أو مهديا وأجمعوا على أن الكبش لا يجزى إلا عن واحد إلا ما رواه مالك من أنه يجزى أن يذبح الرجل عن نفسه وعن أهل بيته لأعلى جهة الشركة بل إذا اشتراه مفردا وذلك لما روى عن عائشة أنها قالت كما بعني فدخل علينا بلحم بقر فقلنا ما هو فقالوا نحى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أزواجه وخالفه في ذلك أبو حنيفة والثوري على وجه الكراهة لأعلى وجه عدم الأجزاء وبسبب اختلافهم معارضة الأصل في ذلك للقياس المبني على الأثر الوارد في الهدايا وذلك أن الأصل هو أن لا يجزى إلا الواحد عن واحد ولذلك اتفقوا على منع الاشتراك في الضأن وإنما قلنا أن الأصل هو أن لا يجزى إلا الواحد عن واحد لأن الأمر بالتضحية لا يتبعض إذا كان من كان له شرك في ضحية ليس ينطلق عليه اسم مضح إلا أن قام الدليل الشرعي على ذلك وأما الأثر الذي اتبني عليه القياس المعارض لهذا الأصل فما روى عن جابر أنه قال نحر نافع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام الحديبية البدينة عن سبع وفي بعض روايات الحديث سن رسول الله صلى الله عليه وسلم البدينة عن سبعة والبقرة عن سبعة فقام الشافعي وأبو حنيفة الضحايا في ذلك على الهدايا وأما مالك فرجع الأصل على القياس المبني على هذا الأثر لأنه اعتل حديث جابر بأن ذلك كان حين صد المشركون رسول الله صلى الله عليه وسلم عن البيت وهدي المحصر بعد ليس هو عنده واجبا وإنما هو تطوع وهدي التعلق بجوز عنده فيه الاشتراك ولا يجوز الاشتراك في الهدى الواجب لكن على القول بأن الضحايا غير واجبة فقد يمكن قياسها على هذا الهدى وروى عنه ابن القاسم أنه لا يجوز الاشتراك في هدي تطوع ولا في هدي وجوب وهذا كأنه رد للحديث لمكان مخالفته للأصل في ذلك وأجمعوا على أنه لا يجوز أن يشترك في النسك أكثر من سبعة وإن كان قد روى من حديث رافع ابن خديج ومن طريق ابن عباس وغيره البدينة عن عشرة وقال الطحاوي وأجمعهم على أنه لا يجوز أن يشترك في النسك أكثر من سبعة دليل على أن الآثار في ذلك غير صحيحة وإنما صار مالك لجواز تشريك الرجل أهل بيته في ضحيته أو هديه لما رواه عن ابن شهاب أنه قال نحر رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أهل بيته الأبدن واحدة أو بقرة واحدة وإنما خولف مالك في الضحايا في هذا المعنى أعني في التشريك لأن الإجماع انعقد على منع التشريك فيه في الأجانب فوجب أن يكون الأقارب في ذلك في قياس الأجانب وإنما فرق مالك في ذلك بين الأجانب والأقارب لقياس الضحايا على الهدايا في الحديث الذي احتج به أعني حديث ابن شهاب فاختلفهم في هذه المسئلة إذا راجع إلى تعارض الأقيسة في هذا الباب أعني أما الحاق الأقارب بالأجانب وأما قياس الضحايا على الهدايا

الباب الثالث

ويتعلق بالذبح المختص بالضحايا النظر في الوقت والتذبح أما الوقت فانهم اختلفوا فيه في ثلاثة مواضع هي ابتدائه وفي انتهائه وفي الليالي المتخللة له فاما في ابتدائه فانهم اتفقوا على أن الذبح قبل الصلاة لا يجوز

ثبوت قوله عليه الصلاة والسلام من ذبح قبل الصلاة فأثمها شاة لحم وأمره بالاعادة لمن ذبح قبل الصلاة وقوله أول ما يبدأ به في يومنا هذا هو أن نصلى ثم نتحرى إلى غير ذلك من الآثار الثابتة التي في هذا المعنى واختلفوا فمن ذبح قبل ذبح الإمام وبعد الصلاة فذهب مالك إلى أنه لا يجوز لأحد ذبح أن يحثه قبل ذبح الإمام وقال أبو حنيفة والثوري يجوز الذبح بعد الصلاة وقبل ذبح الإمام وسبب اختلافهم اختلاف الآثار في هذا الباب وذلك أنه جاء في بعضها أن النبي عليه الصلاة والسلام أمر لمن ذبح قبل الصلاة أن يعيد الذبح وفي بعضها أنه أمر لمن ذبح قبل ذبحه أن يعيد خراج هذا الحديث الذي فيه هذا المعنى مسلم فمن جعل ذلك موطنين اشترط ذبح الإمام في جواز الذبح ومن جعل ذلك موطناً واحداً قال انما يعتبر في أجزاء الذبح الصلاة فقط وقد اختلفت الرواية في حديث أبي بردة بن نيار وذلك ان في بعض رواياته أنه ذبح قبل الصلاة فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يعيد الذبح وفي بعضها أنه ذبح قبل ذبح رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمره بالاعادة وإذا كان ذلك كذلك فحمل قول الراوى أنه ذبح قبل رسول الله صلى الله عليه وسلم وقول الآخر ذبح قبل الصلاة على موطن واحد أولى وذلك ان من ذبح قبل الصلاة فقد ذبح قبل رسول الله صلى الله عليه وسلم فيجب أن يكون المؤثر في عدم الأجزاء انما هو الذبح قبل الصلاة كما جاء في الآثار الثابتة في ذلك من حديث أنس وغيره ان من ذبح قبل الصلاة فليعد وذلك ان تأصيل هذا الحكم منه صلى الله عليه وسلم يدل بمفهوم الخطاب دلالة قوية ان الذبح بعد الصلاة بجزئ لأنه لو كان هنالك شرط آخر ما يتعلق به أجزاء الذبح لم يسكت عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم مع ان فرضه التبيين ونص حديث أنس هذا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم النحر من كان ذبح قبل الصلاة فليعد واختلفوا من هذا الباب في فرع مسكوت عنه وهو متى يذبح من ليس له امام من أهل القرى فقال مالك يتحرون ذبح أقرب الأئمة بهم وقال الشافعي يتحرون قدر الصلاة والخطبة ويذبحون وقال أبو حنيفة من ذبح من هؤلاء بعد الفجر أجزاءه وقال قوم بعد طلوع الشمس وكذلك اختلف أصحاب مالك في فرع آخر وهو اذا لم يذبح الامام في المصلى فقال قوم يتحرون ذبحه بعد انصرافه وقال قوم ليس يجب ذلك وأما آخر زمان الذبح فان مالكاً قال آخره اليوم الثالث من أيام النحر وذلك مغيب الشمس فالذبح عنده هو في الأيام المعلومات يوم النحر ويومان بعده وبه قال أبو حنيفة وأصحابه جماعة وقال الشافعي والأوزاعي الاضحية أربعة أيام يوم النحر وثلاثة أيام بعده وروى عن جماعة أنهم قالوا الاضحية يوم واحد وهو يوم النحر خاصة وقد قيل الذبح إلى آخر يوم من ذى الحجة وهو شاهد لدليل عليه وكل هذه الأقاويل مروية عن السلف وسبب اختلافهم شيان أحدهما اختلافهم في الأيام المعلومات ما هي في قوله تعالى (ليشهدوا منافع لهم ويذكروا اسم الله في أيام معلومات على ما رزقهم من بهيمة الأنعام) فقيل يوم النحر ويومان بعده وهو المشهور وقيل العشر الأول من ذى الحجة والسبب الثاني معارضة دليل الخطاب في هذه الآية لحديث جبير بن مطعم وذلك أنه ورد فيه عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال كل لحاج مكة منحر وكل أيام التشرى ذبح فمن قال في الأيام المعلومات انها يوم النحر ويومان بعده في هذه الآية ورجح دليل الخطاب فيها على الحديث المذكور قال لانحر الا في هذه الأيام ومن رأى الجمع بين الحديث والآية وقال لامعارضة

بينهما اذ الحديث اقتضى حكايا ائمة على ما في الآية مع ان الآية ليس المقصود منها تحديد أيام الذبح والحديث المقصود منه ذلك قال يجوز الذبح في اليوم الرابع اذ كان باتفاق من أيام التشريق ولا خلاف بينهم ان الأيام للعدودات هي أيام التشريق وأنها ثلاثة بعد يوم النحر الاماروى عن سعيد بن جبير أنه قال يوم النحر من أيام التشريق وانما اختلفوا في الأيام المعلومات على القولين المتقدمين وأما من قال يوم النحر فقط فبناء على ان المعلومات هي العشر الأول قال واذا كان الاجماع قد انعقد انه لا يجوز الذبح منها الا في اليوم العاشر وهي محل الذبح المنصوص عليها فواجب أن يكون الذبح انما هو يوم النحر فقط (وأما المسئلة الثالثة) وهي اختلافهم في الليالي التي تتخلل أيام النحر فذهب مالك في المشهور عنه الى أنه لا يجوز الذبح في ليالي أيام التشريق ولا النحر وذهب الشافعي وجاعة الى جواز ذلك وسبب اختلافهم الاشتراك الذي في اسم اليوم وذلك ان مرة يطلقه العرب على النهار واللييلة مثل قوله تعالى (فقتلوا في داركم ثلاثة أيام) ومرة يطلقه على الأيام دون الليالي مثل قوله تعالى (سخرها عليهم سبع ليال وثمانية أيام حسوما) فمن جعل اسم اليوم يتناول الليل مع النهار في قوله تعالى (ليذكر واسم الله في أيام معلومات) قال يجوز الذبح بالليل والنهار في هذه الأيام ومن قال ليس يتناول اسم اليوم الليل في هذه الآية قال لا يجوز الذبح ولا النحر بالليل والنظر هل اسم اليوم أظهر في أحد هما من الثاني ويشبه أن يقال انه أظهر في النهار منه في الليل لكن ان سلمنا ان دلالة الآية هي على النهار فقط لم يمنع الذبح بالليل الابتناء وضعيف من ايجاب دليل الخطاب وهو تعليق ضد الحكم بضم مفهوم الاسم وهذا النوع من أنواع دليل الخطاب هو من أضعفها حتى انهم قالوا ما قال به أحد من المتكلمين الا الدارق فقط الآن يقول قائل ان الأصل هو الحظر في الذبح وقد ثبت جوازه بالنهار فعلى من جوزه بالليل الدليل وأما الذبح فان العلماء استحبوا أن يكون المضحي هو الذي يذبح أخصيته بيده واقفوا على أنه يجوز أن يوكل غيره على الذبح واختلفوا هل يجوز الضحية ان ذبحها غيره بغير إذنه فقيل لا يجوز وقيل بالفرق بين أن يكون صديقا أو ولداً وأجنبيا أعني أنه يجوز ان كان صديقا أو ولداً ولم يختلف المذهب فيما أحسب انه ان كان أجنبيا أنها لا تجوز

﴿ الباب الرابع في أحكام لحوم الضحايا ﴾

واقفوا على ان المضحي مأمور أن يأكل من لحم أخصيته ويتصدق لقوله تعالى (فكلوا منها وأطعموا البائس الفقير) وقوله تعالى (وأطعموا القانع والمعتز) ولقوله صلى الله عليه وسلم في الضحايا كلوا وتصدقوا وادخروا واختلف مذهب مالك هل يؤمر بالأكل والصدقة معا أم هو مخير بين أن يفعل أحد الأمرين فقال مالك ليس له أن يفعل أحد الأمرين أعني أن يأكل الكل أو يتصدق بالكل وقال ابن الموزل أن يفعل أحد الأمرين واستحب كثير من العلماء أن يقسمها ثلثا للادخار وثلثا للصدقة وثلثا للأكل لقوله عليه الصلاة والسلام فكلوا وتصدقوا وادخروا وقال عبد الوهاب في الأكل انه ليس بواجب في المذهب خلافا لقوم أوجبوا ذلك وأظن أهل الظاهر يوجبون تجزئة لحوم الضحايا الى الأقسام الثلاثة التي يتضمنها الحديث والعلماء متفقون فيما علمت أنه لا يجوز بيع لحومها واختلفوا في جلدها وشعرها وماعدا ذلك عما ينتفع به منها فقال الجمهور لا يجوز بيعه وقال أبو حنيفة يجوز بيعه بغير الدراهم والدنانير أى بالعروض وقال عطاء يجوز بكل شئ دراهم ودنانير وغير ذلك وانما فرق أبو حنيفة بين

الدرهم وغيرها لأنهم رأوا أن المعاوضة بالعروض هي من باب الاتفاق لاجتماعهم على أنه يجوز أن ينتفع به وهذا القدر كاف في قواعد هذا الكتاب والمجلد **﴿ كتاب الذبايح ﴾**
والقول المحيط بقواعد هذا الكتاب ينحصر في خمسة أبواب الباب الأول في معرفة محل الذبح والنحر وهو المذبح أو المنحور الباب الثاني في معرفة الذبح والنحر الباب الثالث في معرفة الآلة التي بها يكون الذبح والنحر الباب الرابع في معرفة شروط الذكاة الباب الخامس في معرفة الذبايح والساحر والأصول هي الأربعة والشروط يمكن أن تدخل في الأربعة الأبواب والأسهل في التعليم أن يجعل بابا على حدته **﴿ الباب الأول ﴾**

والحيوان في اشتراط الذكاة في أمه على قسمين حيوان لا يحل الإذكاة وحيوان يحل بغير ذكاة ومن هذه ما اتفقوا عليه ومنها ما اختلفوا فيه واتفقوا على أن الحيوان الذي يعمل فيه الذبح هو الحيوان البري ذوالدم الذي ليس بمحرم ولا منقوذ المقاتل ولا ميؤس منه بوقد أو نطح أو ترد أو فتراس سبع أو مرض وإن الحيوان البحري ليس يحتاج إلى ذكاة واختلفوا في الحيوان الذي ليس يدمى مما يجوز أكله مثل الجراد وغيره هل له ذكاة أم لا وفي الحيوان الدمى التي يكون تارة في البحر وتارة في البر مثل السلحفاة وغيره واختلفوا في تأثير الذكاة في الأصناف التي نص عليها في آية التحريم وفي تأثير الذكاة فيما يحل أكله أعني في تحليل الاتفاق بجلودها وسلب النجاسة عنها في هذا الباب إذا است مسائل أصول المسئلة الأولى في تأثير الذكاة في الأصناف الخمسة التي نص عليها في الآية إذا أدركت حية المسئلة الثانية في تأثير الذكاة في الحيوان المحرم الأكل المسئلة الثالثة في تأثير الذكاة في المريضة المسئلة الرابعة في هل ذكاة الجنين ذكاة أمه أم لا المسئلة الخامسة هل للجراد ذكاة أم لا المسئلة السادسة هل للحيوان الذي يأوى في البرتارة وفي البحر تارة ذكاة أم لا (المسئلة الأولى) أما المنخنقة والموقوذة والمتريدة والنطيحة ومأكل السبع فأنهم اتفقوا فيما أعلم أنه إذا لم يبلغ الخلق منها أو ألقاها في حالة لا يرجى فيها أن الذكاة عامله فيها أعني أنه إذا غلب على الظن أنها تعيش وذلك بأن لا يصاب لها مقتل واختلفوا إذا غلب على الظن أنها هلك من ذلك باصباة مقتل أو غيره فقال قوم تعمل الذكاة فيها وهو منهب في حنيفة والمشهور من قول الشافعي وهو قول الزهري وابن عباس وقال قوم لا تعمل الذكاة فيها وعن مالك في ذلك الوجهان ولكن الأشهر أنها لا تعمل في الميؤس منها وبعضهم تأول في المنهب أن الميؤس منها على ضربين ميؤسة مشكوك فيها وميؤسة مقطوع بموتها وهي المنقوذة المقاتل على اختلاف بينهم أيضا في المقاتل قال فأما الميؤسة المشكوك فيها ففي المنهب فيها روايتان مشهورتان وأما المنقوذة المقاتل فلا خلاف في المنهب المنقول أن الذكاة لا تعمل فيها وإن كان يتخرج فيها الجواز على وجه ضعيف وسبب اختلافهم اختلافهم في مفهوم قوله تعالى (الماذ كيتم) هل هو استثناء متصل فيخرج من الجنس بعض ما يتناول اللفظ وهو المنخنقة والموقوذة والمتريدة والنطيحة ومأكل السبع على عادة الاستثناء المتصل أم هو استثناء منقطع لا تأثير له في الجملة المتقدمة إذا كان هذا أيضا شأن الاستثناء المنقطع في كلام العرب فمن قال أنه متصل قال الذكاة تعمل في هذه الأصناف الخمسة وأما من قال الاستثناء منقطع فإنه قال لا تعمل الذكاة فيها وقد احتج من قال أن الاستثناء متصل باجتماعهم على أن الذكاة تعمل

في المرجوح منها قال فهذا يدل على ان الاستثناء له تأثير فيها فهو متصل وقد احتج أيضا من رأى انه منقطع بأن التحريم لم يتعلق بأعيان هذه الأصناف الخمسة وهي حية وانما يتعلق بها بعد الموت وإذا كان ذلك كذلك فالاستثناء منقطع وذلك أن معنى قوله تعالى (حرمت عليكم الميتة) انما هو لحم الميتة وهكذا لحم الموقودة والمتردة والنطيحة وسائرها أى لحم الميتة بهذه الأسباب سوى التي تموت من تلقاء نفسها وهي التي تسمى ميتة أكثر ذلك في كلام العرب أو بالحقيقة قالوا فلما علم أن المقصود لم يكن تعليق التحريم بأعيان هذه وهي حية وانما يتعلق بها بعد الموت لأن لحم الحيوان محرم في حال الحياة بدليل اشتراط الذكاة فيها وبدليل قوله عليه الصلاة والسلام ما قطع من البهيمة وهي حية فهو ميتة وجب أن يكون قوله الاماذا كتم استثناء منقطعا لكن الحق في ذلك أن كيفما كان الأمر في الاستثناء فواجب أن تكون الذكاة تعمل فيها وذلك انه ان علقنا التحريم بهذه الاصناف في الآية بعد الموت وجب أن تدخل في التذكية من جهة ما هي حية الاصناف الخمسة وغيرها لانها ما دامت حية مساوية لغيرها في ذلك من الحيوان أعني انها تقبل الحلية من قبل التذكية التي الموت منها هو سبب الحلية وان قلنا ان الاستثناء متصل فلا يخفى بوجود ذلك ويحتمل أن يقال ان عموم التحريم يمكن أن يفهم منه تناول أعيان هذه الخمسة بعد الموت وقوله كالحال في الخنزير الذي لا تعمل فيه الذكاة فيكون الاستثناء على هذا ارتفاعا لتحريم أعيانها بالتفصيل على عمل الذكاة فيها وإذا كان ذلك كذلك لم يلزم ما اعترض به ذلك المعترض من الاستدلال على كون الاستثناء منقطعا وأما من فرق بين المنفوعة المقاتل والمشكوك فيها فيحتمل أن يقال ان مذهبه أن الاستثناء منقطع وانه انما جاز تأثير الذكاة في المرجوة بالاجماع وقاس المشكوك على المرجوة ويحتمل أن يقال ان الاستثناء متصل ولكن استثناء هذا الصنف من الموقودة بالقياس وذلك أن الذكاة انما يجب أن تعمل في حين يقطع أنها سبب الموت فاما إذا شك هل كان موجب الموت الذكاة أو الوقت أو النطح أو سائرها فلا يجب أن تعمل في ذلك وهذه هي حال المنفوعة المقاتل وله أن يقول ان المنفوعة المقاتل في حكم الميتة والذكاة من شرطها أن ترفع الحياة الثابتة للاحياة الذاهبة (المسئلة الثانية) وأما هل تعمل الذكاة في الحيوانات المحرمات الأكل حتى تطهر بذلك جلودها فانهم أيضا اختلفوا في ذلك فقال مالك الذكاة تعمل في السباع وغيرها ماعدا الخنزير وبه قال أبو حنيفة إلا أنه اختلف المذهب في كون السباع فيه محرمة أو مكروهة على ما سياتي في كتاب الاطعمة والاشربة وقال الشافعي (٧) الذكاة تعمل في كل حيوان محرم الأكل فيجوز بيع جميع أجزائه والاتفااق بهاماعدا اللحم وسبب الخلاف هل جميع أجزاء الحيوان تابعة للحم في الحلية والحرمة أم ليست بتابعة للحم فمن قال انها تابعة للحم قال اذا لم تعمل الذكاة في اللحم لم تعمل فيما سواه ومن رأى أنها ليست بتابعة قال وان لم تعمل في اللحم فانها تعمل في سائر أجزاء الحيوان لان الاصل انها تعمل في جميع الاجزاء فإذا ارتفع بالدليل المحرم للحم عملها في اللحم بقي عملها في سائر الاجزاء الآن يدل الدليل على ارتفاعه (المسئلة الثالثة) واختلفوا في تأثير الذكاة في البهيمة التي أشرفت على الموت من شدة المرض بعد اتفاقهم على عمل الذكاة في التي لم تشرف على الموت فالجمهور على أن الذكاة تعمل فيها وهو المشهور عن

مالك وروى عنه أن الذكاة لاتعمل فيها وسبب اختلاف معارضة القياس للأثر فالأثر فهو ما روى أن أمة لكعب بن مالك كانت ترمى غنما بسلع فأصيبت شاة منها فأدركتها فذكبتها بحجر فسل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال كلوها خرجه البخاري ومسلم وأما القياس فلأن المعلوم من الذكاة أنها إنما تفعل في الحي وهذه في حكم الميت وكل من أجاز ذبحها فانهم اتفقوا على أنه لا تعمل الذكاة فيها إلا إذا كان فيها دليل على الحياة واختلقوا فيها هو الدليل المعتبر في ذلك فبعضهم اعتبر الحركة وبعضهم لم يعتبرها والأول مذهب أبي هريرة والثاني مذهب زيد بن ثابت وبعضهم اعتبر فيها ثلاث حركات طرف العين وتحريك الذنب والركض بالرجل وهو مذهب سعيد بن المسيب وزيد بن أسلم وهو الذي اختاره محمد بن المواز وبعضهم شرط مع هذه التنفس وهو مذهب ابن حبيب (المسئلة الرابعة) واختلفوا هل تعمل ذكاة الأم في جنينها أم ليس تعمل فيه وإنما هو ميتة أعني إذا خرج منها بعد ذبح الأم فذهب جمهور العلماء إلى أن ذكاة الأم ذكاة الجنين وبه قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة إن خرج حيًا خرج أم كل وإن خرج ميتًا فهو ميتة والذين قالوا إن ذكاة الأم ذكاة له بعضهم اشترط في ذلك تمام خلقته ونبات شعره وبه قال مالك وبعضهم لم يشترط ذلك وبه قال الشافعي وسبب اختلافهم اختلافهم في محلة الأثر المروى في ذلك من حديث أبي سعيد الخدري مع مخالفته للأصول وحديث أبي سعيد هو قال سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن البقرة أو الناقة أو الشاة ينحرها أحدنا فنجد في بطنها جنينًا نأكله أو نلقيه فقال كلوا إن شئتم فإن ذكاته ذكاة أمه وخرج مثله الترمذي وأبو داود عن جابر واختلفوا في تصحيح هذا الأثر فلم يصححه بعضهم وصححه بعضهم وأحد من صححه الترمذي وأما مخالفة الأصل في هذا الباب للأثر فهو أن الجنين إذا كان حيًا ثم مات بموت أمه فأنما يموت خنقًا فهو من المنخنقة التي ورد النص بتحريمها وإلى تحريمه ذهب أبو محمد بن حزم ولم يرض سماع الحديث وأما اختلاف القائلين بحليته في اشتراطهم نبات الشعر فيه أو لا اشتراطه فالسبب فيه معارضة العموم للقياس وذلك أن عموم قوله عليه السلام ذكاة الجنين ذكاة أمه يقتضي أن لا يقع هنالك تفصيل وكونه محلًا للذكاة يقتضي أن يشترط فيه الحياة قياسًا على الأشياء التي تعمل فيها التذكية والحياة لا توجد فيه إلا إذا نبات شعره وتم خلقه وبعض هذا القياس أن هذا الشرط مروى عن ابن عمر وعن جماعة من الصحابة وروى معمر عن الزهري عن عبد الله بن كعب ابن مالك قال كان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يقولون إذا أشعر الجنين ذكاته ذكاة أمه وروى ابن المبارك عن ابن أبي ليلى قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ذكاة الجنين ذكاة أمه أشعر لولم يشعر إلا أن ابن أبي ليلى سأل الحنفية عنهم والقياس يقتضي أن تكون ذكاته في ذكاة أمه من قبل أنه جزء منها وإذا كان ذلك كذلك فلا معنى لاشتراط الحياة فيه فيضعف أن يخص العموم الوارد في ذلك بالقياس الذي تقدم ذكره عن أصحاب مالك (المسئلة الخامسة) واختلفوا في الجراد فقال مالك لا يؤكل من غير ذكاة وذكاته عنده هو أن يقتل إما بقطع رأسه أو بغير ذلك وقال عامة الفقهاء يجوز أكل ميتته وبه قال مطرف وذكاة ما ليس بذئيم عن مالك كذكاة الجراد وسبب اختلافهم في ميتة الجراد هو هل يتناول اسم الميتة أم لا في قوله تعالى (حرمت عليكم الميتة) والخلاف سبب آخر وهو هل هو ثرة حوت أو حيوان يرى (المسئلة السادسة) واختلفوا في الذي يتصرف في البر والبحر :

هل يحتاج الى ذكاة أم لا فغلب قوم فيه حكم البر وغلب آخرون حكم البحر واعتبر آخرون حيث يكون عيشه ومتصرفه منهما غالباً

﴿ الباب الثاني في الذكاة ﴾

وفي قواعد هذا الباب مستلثان المسئلة الاولى في أنواع الذكاة المختصة بصنف صنف من بهيمة الانعام الثانية في صفة الذكاة (المسئلة الاولى) واتفقوا على أن الذكاة في بهيمة الانعام بحر وذبح وأن من سنة الغنم والطير الذبح وأن من سنة الابل النحر وأن البقر يجوز فيها الذبح والنحر واختافوا هل يجوز النحر في الغنم والطير والذبح في الابل فذهب مالك الى أنه لا يجوز النحر في الغنم والطير ولا الذبح في الابل وذلك في غير موضع الضرورة وقال قوم يجوز جميع ذلك من غير كراهة وبه قال الشافعي وأبو حنيفة والثوري وجاعة العلماء وقال أشهب إن نحر ما يذبح أو ذبح ما ينحر أكل ولكنه يكره وفرق ابن بكير بين الغنم والابل فقال يؤكل البعير بالذبح ولا تؤكل الشاة بالنحر ولم يختلفوا في جواز ذلك في موضع الضرورة وسبب اختلافهم معارضة الفعل للعموم فاما العموم فقولوه عليه الصلاة والسلام ما أنهر الدم وذكر اسم الله عليه فكلوا وأما الفعل فإنه ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نحر الابل والبقر وذبح الغنم وانما اتفقوا على جواز ذبح البقر لقوله تعالى (ان الله يأمركم أن تذبحوا بقرة) وعلى ذبح الغنم لقوله تعالى في الكباش (وقد بناه بذبح عظيم) (المسئلة الثانية) وأما صفة الذكاة فانهم اتفقوا على أن الذبح الذي يقطع فيه الودجان والمرىء والحلقوم مبيح للاكل واختلفوا من ذلك في مواضع أحدها هل الواجب قطع الاربعة كلها أو بعضها وهل الواجب في المقطوع منها قطع السك أو الاكثر وهل من شرط القطع ان لا تقع الجوزة الى جهة البدن بل الى جهة الرأس وهل ان قطعها من جهة العنق جازاً كلها أم لا وهل ان تمادى في قطع هذه حتى قطع النخاع جاز ذلك أم لا وهل من شرط الذكاة ان لا يرفع يده حتى يتم الذكاة أم لا فهذه ست مسائل في عدد المقطوع وفي مقداره وفي موضعه وفي نهاية القطع وفي جهته أعني من قدام وخلف وفي صفته (أما المسئلة الاولى) فان المشهور عن مالك في ذلك هو قطع الودجين والحلقوم وأنه لا يجزى أقل من ذلك وقيل عنه بل الاربعة وقيل بل الودجين فقط ولم يختلف المنه في ان الشرط في قطع الودجين هو استيفاءهما واختلف في قطع الحلقوم على القول بوجوده فقيل كله وقيل أكثره وأما أبو حنيفة فقال الواجب في التذكية هو قطع ثلاثة غير معينة من الاربعة اما الحلقوم والودجان واما المرىء والحلقوم. وأحد الودجين والمرىء والودجان وقال الشافعي الواجب قطع المرىء والحلقوم فقط وقال محمد بن الحسن الواجب قطع أكثر كل واحد من الاربعة وسبب اختلافهم أنه لم يأت في ذلك شرط منقول وانما جاء في ذلك أثران أحدهما يقتضي انهار الدم فقط والآخر يقتضي قطع الوداج مع انهار الدم ففي حديث رافع بن خديج أنه قال عليه الصلاة والسلام ما أنهر الدم وذكر اسم الله عليه فكل فكل وهو حديث متفق على صحته وروى عن أبي أمامة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال ما قرى الوداج فكلوا ما لم يكن رضى تاب وأنحر ظفر فظاهر الحديث الاول يقتضي قطع بعض الوداج فقط لان انهار الدم يكون بذلك وفي الثاني قطع جميع الوداج فالخديشان والله أعلم متفقان على قطع الودجين اما أحدهما أو البعض من كليهما أو من واحد منهما ولذلك وجه الجمع بين الحديثين ان يفهم

من لام التعريف في قوله عليه الصلاة والسلام ما فرى الاوداج البعض لا الكل اذ كانت لام التعريف في كلام العرب قندتل على البعض وأما من اشترط قطع الحلقوم والمرى فليس له حجة من السماع وأكثر من ذلك من اشترط المرى والحلقوم دون الودجين ولهذا ذهب قوم الى ان الواجب هو قطع ما وقع الاجماع على جوازه لان الذكاة لما كانت شرطا في التحليل ولم يكن في ذلك نص فبما جرى وجب ان يكون الواجب في ذلك ما وقع الاجماع على جوازه الا ان يقوم الدليل على جواز الاستثناء من ذلك وهو ضعيف لان ما وقع الاجماع على اجزائه ليس يلزم ان يكون شرطا في الصحة (وأما المسئلة الثالثة) في موضع القطع وهي ان لم يقطع الجوزة في نصفها وسخرت الى جهة البدن فاختلف فيه في المذهب فقال مالك وابن القاسم لا تؤكل وقال أشهب وابن عبد الحكم وابن وهب تؤكل وسبب الخلاف هل قطع الحلقوم شرط في الذكاة أو ليس بشرط فمن قال انه شرط قال لا بد ان تقطع الجوزة لانه اذا قطع فوق الجوزة فقد خرج الحلقوم سليما ومن قال انه ليس بشرط قال ان قطع فوق الجوزة جاز (وأما المسئلة الرابعة) وهي ان قطع أعضاء الذكاة من ناحية العنق فان المذهب لا يختلف انه لا يجوز وهو مذهب سعيدين السيب وابن شهاب وغيرهم وأجاز ذلك الشافعي وأبو حنيفة واسحق وأبو ثور وروى ذلك عن ابن عمر وعلى وعمران بن الحصين وسبب اختلافهم هل تعمل الذكاة في المنفوعة المقاتل أم لا تعمل وذلك ان القاطع لأعضاء الذكاة من القفلا يصل اليها بالقطع الابعد قطع النخاع وهو مقتل من المقاتل فتر الذكاة على حيوان قد أصيب مقتله وقد تقدم سبب الخلاف في هذه المسئلة (وأما المسئلة الخامسة) وهي أن يتأدى الذابح بالذبح حتى يقطع النخاع فان مالكا كره ذلك اذا تأمدى في القطع ولم ينو قطع النخاع من أول الامر لانه ان نوى ذلك فكأنه نوى التذكية على غير الصفة الجائزة وقال مطرف وابن الماجشون لا تؤكل ان قطعها تمعدادون جهل وتؤكل ان قطعها ساهيا وأجاهلا (وأما المسئلة السادسة) وهي هل من شرط الذكاة ان تكون في فور واحد فان المذهب لا يختلف ان ذلك من شرط الذكاة وأنه اذا رفع يده قبل تمام الذبح ثم أعادها وقد تباعد ذلك ان تلك الذكاة لا تجوز واختلفوا اذا أعاد يده بفور ذلك وبالقرب فقال ابن حبيب ان أعاد يده بالفور أكلت وقال سحنون لا تؤكل وقيل ان رفعها للكان الاختبار هل تمت الذكاة أم لا فأعادها على الفوران تبين له انها لم تتم أكلت وهو أحما تؤكل على سحنون وقد تؤكل قوله على الكراهة قال أبو الحسن اللخمي ولو قيل عكس هذا لكان أجود أعنى أنه اذا رفع يده وهو يظن انه قد تم الذكاة فتبين له غير ذلك فأعادها انها تؤكل لان الاول وقع عن شك وهذا عن اعتقاده يقينا وهذا مبني على أن من شرط الذكاة قطع كل أعضاء الذكاة فإذا رفع يده قبل ان تستتم كانت منفوعة المقاتل غير مذكاة فلا تؤثر فيها العودة لانها بمنزلة ذكاة طرأت على المنفوعة المقاتل.

باب الثالث فيما تكون به الذكاة

أجمع العلماء على أن كل ما أنهر الدم وقرى الاوداج من حديد أو حفر أو عود أو قضيب أن التذكية به جائزة واختلفوا في ثلاثة في السن والظفر والعظم فمن الناس من أجاز التذكية بالعظم ومنعها بالسن والظفر والذين منعوها بالسن والظفر منهم من فرق بين ان يكون نامزا وعين أو لا يكون نامزا وعين فأجاز التذكية بهما اذا كانا مزوعين ولم يجزها اذا كانا متصلين ومنهم من قال ان الذكاة بالسن والعظم مكروهة.

غير ممنوعة ولا خلاف في المذهب أن الذكاة بالعظم جائزة إذا أنهر الدم واختلاف في السن والظفر فيه على الأقاويل الثلاثة أعني بالمنع مطلقا والفرق فيهما بين الاتصال والاتصال وبالكرامية لا بالمنع وسبب اختلافهم اختلافهم في مفهوم النهي الوارد في قوله عليه الصلاة والسلام في حديث رافع بن خديج وفيه قال يا رسول الله أنا لا قو العذو غدا وليس معنمدي فنذج بالقصب فقال عليه الصلاة والسلام ما أنهر الدم وذكرا سم الله فكل ليس السن والظفر وسأحدثكم عنه أما السن فعظم وأما الظفر فدى الحبشة فمن الناس من فهم منه أن ذلك لمكان أن هذه الأشياء ليس في طبعها أن تنهر الدم غالبا ومنهم من فهم من ذلك أنه شرع غير معلل والذين فهموا منه أنه شرع غير معلل منهم من اعتقد أن النهي في ذلك يدل على فساد النهي عنه ومنهم من اعتقد أنه لا يدل على فساد النهي عنه ومنهم من اعتقد أن النهي في ذلك على وجه الكراهة لا على وجه الحظر فمن فهم أن المعنى في ذلك أنه لا ينهر الدم غالبا قال إذا وجد منهما ما ينهر الدم جاز ولذلك رأى بعضهم أن يكونا منفصلين إذ كان انهار الدم منهما إذا كانا بهذه الصفة أمكن وهو مذهب أبي حنيفة ومن رأى أن النهي عنهما هو مشروع غير معلل وأنه يدل على فساد النهي عنه قال إن ذبح بهما لم تقع التذكية وإن أنهر الدم ومن رأى أنه لا يدل على فساد النهي عنه قال إن فعل وأنهر الدم أم وحلت الذبيحة ومن رأى أن النهي على وجه الكراهية كره ذلك ولم يحرمه ولا معنى لقول من فرق بين العظم والسن فإنه عليه الصلاة والسلام قد علل المنع في السن بأنه عظم ولا يختلف المذهب أنه يكره غير الحديد من المحدودات مع وجود الحديد لقوله عليه الصلاة والسلام إن الله كتب الاحسان على كل مسلم فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته متروجه مسلم

﴿ الباب الرابع في شروط الذكاة ﴾

وفي هذا الباب ثلاث مسائل المسئلة الاولى في اشتراط التسمية الثانية في اشتراط البسملة الثالثة في اشتراط النية (المسئلة الاولى) واختلفوا في حكم التسمية على الذبيحة على ثلاثة أقوال فقيل هي فرض على الاطلاق وقيل بل هي فرض مع الذكرك ساقطة مع النسيان وقيل بل هي سنة مؤكدة وبالقول الاول قال أهل الظاهر وابن عمر والشعبي وابن سيرين وبالقول الثاني قال مالك وأبو حنيفة والثوري وبالقول الثالث قال الشافعي وأصحابه وهو مروي عن ابن عباس وأبي هريرة وسبب اختلافهم معارضة ظاهر الكتاب في ذلك للأثر فلما الكتاب فقوله تعالى (ولأنكوا مما يذكرك اسم الله عليه وأنه لفسق) وأما السنة للمعارضة لهذه الآية فأرواه مالك عن هشام عن أبيه أنه قال سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقيل يا رسول الله إن ناسا من البادية يأتوننا بلحمان ولاندرى أسبوا الله عليها أم لا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم سموا الله عليها ثم كلوها فذهب مالك الى أن الآية ناسخة لهذا الحديث وتأول أن هذا الحديث كان في أول الاسلام ولم يرد ذلك الشافعي لان هذا الحديث ظاهره انه كان بالبلدنة وآية التسمية مكية فذهب الشافعي لمكان هذا مذهب الجلع بان حل الامر بالتسمية على النذب وأما من اشترط الذكرك في الوجوب فصيرا الى قوله عليه الصلاة والسلام رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه (المسئلة الثانية) وأما استقبال القبلة بالذبيحة فان قوما استحبوا .

ذلك وقوما أجازوا ذلك وقوما أوجبوه وقوما كرهوا أن لا يستقبل بها القبلة والكرهية والمنع موجودان في المذهب وهي مسألة مسكوت عنها والأصل فيها الإباحة إلا أن بدل الدليل على اشتراط ذلك وليس في الشرع شيء يصلح أن يكون أصلاً تقاس عليه هذه المسئلة إلا أن يستعمل فيها قياس مرسل وهو القياس الذي لا يستند إلى أصل مخصوص عند من أجازوه أو قياس شبه بعيد وذلك أن القبلة هي جهة معظمة وهذه عبادة فوجب أن يشترط فيها الجهة لكن هذا ضعيف لأنه ليس كل عبادة تشتط فيها الجهة ماعدا الصلاة وقياس الذبح على الصلاة بعيد وكذلك قياسه على استقبال القبلة بالميت (المسئلة الثالثة) وأما اشتراط النية فيها فقيل في المذهب بوجوب ذلك ولا أذكر فيها خارج المذهب في هذا الوقت خلافاً في ذلك وبشبهه أن يكون في ذلك قولان قول بالوجوب وقول بترك الوجوب فمن أوجب قال عبادة لا اشتراط الصفة فيها والعدد فوجب أن يكون من شرطها النية ومن لم يوجبها قال فعل معقول يحصل عنه فوات النفس الذي هو المقصود منه فوجب أن لا تشترط فيها النية كما يحصل من غسل النجاسة إزالة عنها

✽ الباب الخامس فيمن يجوز تذكيره ومن لا يجوز ✽

والمدكور في الشرع ثلاثة أصناف صنف اتفق على جواز تذكيره وصنف اتفق على منع ذكاته وصنف اختلف فيه فأما الصنف الذي اتفق على ذكاته فمن جمع خمسة شروط الاسلام والذكورية والبويع والعقل وترك تضييع الصلاة وأما الذي اتفق على منع تذكيره فالشركون عبدة الاصنام لقوله تعالى (وما ذبح على النصب) ولقوله (وما أله به لغير الله) وأما الذين اختلف فيهم فأصناف كثيرة لكن المشهور منها عشرة أهل الكتاب والمجوس والصابئون والمرأة والصبي والمجنون والسكران والذي يضييع الصلاة والسارق والغاصب فأما أهل الكتاب فالعلماء مجمعون على جواز ذبائحهم لقوله تعالى (وطعام الذين أتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم) ومختلفون في التفصيل فاتفقوا على أنهم إذا لم يكونوا من نصارى بني تغلب ولا مرتدين وذبحوا لأنفسهم وعلم أنهم سموا الله تعالى على ذبيحتهم وكانت الذبيحة مما لم يحرم عليهم في التوراة ولا حرموهاهم على أنفسهم أنه يجوز منها ما عدا الشحم واختلفوا في مقابلات هذه الشروط أعني إذا ذبحوا المسلم باستنابته أو كانوا من نصارى بني تغلب أو مرتدين وإذا لم يعلم أنهم سموا الله أو جهل مقصود ذبيحتهم أو علم أنهم سموا غير الله بما يذبحونه لكأنهم وأعيادهم أو كانت الذبيحة مما حرم عليهم بالتوراة كقوله تعالى كل ذي ظفر أو كانت مما حرموهاهم على أنفسهم مثل الذبائح التي تكون عند اليهود فاسدة من قبل خلقه الهية وكذلك اختلفوا في الشحوم فأما إذا ذبحوا باستنابة مسلم فقيل في المذهب عن مالك يجوز وقيل لا يجوز وسبب الاختلاف هل من شرط ذبح المسلم اعتقاد تحليل الذبيحة على الشروط الاسلامية في ذلك أم لا فمن رأى أن النية شرط في الذبيحة قال لا يحل ذبيحة الكافي لمسلم لأنه لا يصح منه وجود هذه النية ومن رأى أن ذلك ليس بشرط وغلب عموم الكتاب أعني قوله تعالى (وطعام الذين أتوا الكتاب حل لكم) قال يجوز وكذلك من اعتقد أن نية المستناب تجزى وهو أصل قول ابن وهب (وأما المسئلة الثانية) وهي ذبائح نصارى بني تغلب والمرتدين فإن الجمهور على أن ذبائح النصاري من العرب حكمها حكم ذبائح أهل الكتاب وهو قول ابن عباس ومنهم من لم يجز ذبائحهم وهو أحد قولنا الشافعي وهو مروي عن علي رضي الله عنه وسبب الخلاف هل يتناول العرب المنتصرين

والمتهودين اسم الذين أوتوا الكتاب كما ينال ذلك الاسم المختصة بالكتاب وهم بنو اسرائيل والروم
وأما المرتد فان الجمهور على ان ذبيحته لا تؤكل وقال اسحاق ذبيحته جائزة وقال الثوري مكروهة
وسبب الخلاف هل المرتد لا ينالوه اسم أهل الكتاب اذ كانت ليس له حرمة أهل الكتاب أو ينالوه
(وأما المسئلة الثالثة) وهي اذا لم يعلم ان أهل الكتاب سموا الله على الذبيحة فقال الجمهور تؤكل
وهو مروى عن علي وأست أذكر فيه في هذا الوقت خلافاً ويتطرق اليه الاحتمال بان يقال ان الاصل
هو ان لا يؤكل من تذكيتهن الا ما كان على شروط الاسلام فاذا قيل على هذا ان التسمية من شرط
التذكية وجب ان لا تؤكل ذبائحهم بالشك في ذلك وأما اذا علم انهم ذبحوا ذلك لاعبادهم وكأنهم
فان من العلماء من كرهه وهو قول مالك ومنهم من أباحه وهو قول أشهب ومنهم من حرمه وهو الشافعي
وسبب اختلافهم تعارض عموى الكتاب في هذا الباب وذلك ان قوله تعالى (وطعام الذين أوتوا الكتاب
حل لكم) يحتمل ان يكون مخصوصاً لقوله تعالى (وما أهل به لغير الله) ويحتمل ان يكون قوله تعالى
(وما أهل به لغير الله) مخصوصاً لقوله تعالى وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم اذ كان كل واحد منهما
يصح ان يستثنى من الآخر فن جعل قوله تعالى وما أهل به لغير الله مخصوصاً لقوله تعالى وطعام الذين أوتوا
الكتاب حل لكم قال لا يجوز ما أهل به للكنائس والاعباد ومن عكس الامر قال يجوز وأما اذا كانت
الذبيحة محرمة عليهم فقيل يجوز وقيل لا يجوز والفرق بين ان تكون محرمة عليهم بالتوراة
أو من قبل أنفسهم اعنى بإباحة ما ذبحوا محرموا على أنفسهم ومنع ما حرم الله عليهم وقيل بكرة ولا يمنع
والا فاولا اربعة موجودة في المذهب المنع عن ابن القاسم والاباحة عن ابن وهب وابن عبد الحكم
والفرقة عن أشهب وأصل الاختلاف معارضة عموم الآية لاشتراط نية الذكاة أعني اعتقاد تحليل
الذبيحة بالتذكية فن قال ذلك شرط في التذكية قال لا يجوز هذه الذبائح لانهم لا يعتقدون تحليلها
بالتذكية ومن قال ليس بشرط فيها وتمسك بعموم الآية المحملة قال تجوز هذه الذبائح وهذا بعينه هو سبب
اختلافهم في أكل الشحوم من ذبائحهم ولم يخالف في ذلك أحد غير مالك وأصحابه فهم من قال ان
الشحوم محرمة وهو قول أشهب ومنهم من قال مكروهة والقولان عن مالك ومنهم من قال مباحة
ويدخل في الشحوم سبب آخر من أسباب الخلاف سوى معارضة العموم لاشتراط اعتقاد تحليل
الذبيحة بالذكاة وهو هل تنبعض التذكية أو لا تنبعض فن قال تنبعض قال لا تؤكل الشحوم ومن قال
لا تنبعض قال يؤكل الشحوم وبدل على تحليل شحوم ذبائحهم حديث عبد الله بن مغفل اذا صاب جراب
الشحوم يوم خير وقد تقدم في غالب الجهاد ومن فرق بين ما حرم عليهم من ذلك في أصل شرعهم وبين
ما حرموا على أنفسهم قال ما حرم عليهم هو أمر حق فلا تعمل فيه الذكاة وما حرموا على أنفسهم هو
أمر باطل فتعمل فيه التذكية قال القاضي والحق ان ما حرم عليهم وأحرموا على أنفسهم هو في وقت
شريعة الاسلام أمر باطل اذ كانت ناسخة بجميع الشرائع فيجب أن لا يراعى اعتقادهم في ذلك
ولا يشترط أيضاً أن يكون اعتقادهم في تحليل الذبائح اعتقاد المسلمين ولا اعتقاد شرعهم لأنه لا يشترط
ذلك لما جازأ كل ذبائحهم بوجه من الوجوه لكون اعتقاد شرعهم في ذلك منسوخاً واعتقاد
شرعنا لا يصح منهم وانما هذا حكم خصهم الله تعالى به فذبائحهم والله أعلم جائزة لنا على الإطلاق .

والا ارفع حكم آية التحليل جلة فتأمل هذا فانه بين والله أعلم وأما الجحور فان الجمهور على أنه لا يجوز ذبائحهم لأنهم مشركون وتعمك قوم في اجازتها بعموم قوله عليه الصلاة والسلام سنوهم سنة أهل الكتاب وأما الصابئون فالاختلاف فيهم من قبل اختلافهم في هل هم من أهل الكتاب أم ليسوا من أهل الكتاب وأما المرأة والصبي فان الجمهور على أن ذبائحهم جائزة غير مكروهة وهو مذهب مالك وكره ذلك أبو المصعب والسبب في اختلافهم نقصان المرأة والصبي وانما لم يختلف الجمهور في المرأة لحديث معاذ بن سعد أن جارية لكعب بن مالك كانت ترمي بسلع فاصيبت شاة فأدركتها فذكتها بحجر فاستل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال لا بأس بها فكلوها وهو حديث صحيح وأما المجنون والسكران قالت مالكا لم يجوز ذبيعتهما وأجاز ذلك الشافعي وسبب الخلاف اشتراط النية في الذكاة فمن اشتراط النية منع ذلك اذ لا يصح من المجنون ولا من السكران وبخاصة الملتخ وأما جواز تذكية السارق والغاصب فان الجمهور على جواز ذلك ومنهم من منع من ذلك ورأى انهم امتية وبه قال داود واسحق ابن راهويه وسبب اختلافهم هل النهي يدل على فساد المنهى عنه أو لا يدل فمن قال يدل قال السارق والغاصب منهى عن ذكاتها وتناولها وتملكها فاذا ذكها فسدت التذكية ومن قال لا يدل لا اذا كان المنهى عنه شرطاً من شروط ذلك الفعل قال تذكيتهم جائزة لأنه ليس بحجة الملك شرطاً من شروط التذكية وفي موطأ ابن وهب أنه سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عنها فلم ير بها بأساً وقد جاء اباحة ذلك مع الكراهية فيأمرى عن النبي عليه الصلاة والسلام في الشاة التي ذبحت بغير إذن ربها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أطيعوها لا أسارى وهذا القدر كاف في أصول هذا الكتاب والله أعلم

❦ كتاب الصيد ❦

وهذا الكتاب في أصوله أيضاً أربعة أبواب الباب الأول في حكم الصيد وفي محل الصيد الثاني فيما به يكون الصيد الثالث في صفة ذكاة الصيد والشروط المشترطة في عمل الذكاة في الصيد الرابع فيمن يجوز

❦ الباب الأول ❦

صيده

فأما حكم الصيد فالجمهور على أنه مباح لقوله تعالى (أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعاً لكم والسيارة وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرماً) ثم قال (واذا حملتم فأصلطوا) واتفق العلماء على أن الأمر بالصيد في هذه الآية بعد النهي يدل على الاباحة كما اتفقوا على ذلك في قوله تعالى (فإذا قضيت الصلاة فانتشروا في الأرض وابتغوا من فضل الله) أعني أن المقصود به الاباحة لوقوع الأمر به بعد النهي وإن كان اختلافوا هل الأمر بعد النهي يقتضي الاباحة أو لا يقتضيه وانما يقتضي على أصله الوجوب وكره مالك الصيد الذي يقصده السرف وللتأخر بين من أحبه فيه تفصيل محمول قولهم فيه أن منه ما هو في حق بعض الناس واجب وفي حق بعضهم حرام وفي حق بعضهم مندوب وفي حق بعضهم مكروه وهذا النظر في الشرع تغفل في القياس وبعد عن الأصول المنطوق بها في الشرع فليس يليق بكاتبنا هذا إذا كان قصدنا فيه انما هو ذكر المنطوق به من الشرع أو ما كان قريباً من المنطوق به وأما محل الصيد فانهم أجمعوا على أن محله من الحيوان البحري هو السمك وأنصافه ومن الحيوان البري الحلال الأكل الغير متأنس واختلفوا فيما استوحش من الحيوان المتأنس فلم يقصر على أخذه ولا ذبحه وأبحره فقال مالك لا يؤكل إلا أن ينحر

من ذلك ما ذكره النحر و يذبح ما ذكره الذبح أو يفعل به أحدهما ان كان مما يجوز فيه الأمر ان جميعا وقال أبو حنيفة والشافعي اذا لم يقدر على ذكاة البعير الشارد فانه يقتل كالصيد وسبب اختلافهم معارضة الأصل في ذلك للخبر وذلك أن الأصل في هذا الباب هو أن الحيوان الانسي لا يؤكل الا بالذبح أو النحر وأن الوحشي يؤكل بالعقر وأما الخبر المعارض لهذه الأصول فحديث رافع بن خديج وفيه قال فندمنا بغير وكان في القوم خيل يسيرة فطلبوه فأعياهم فاهوى اليه رجل بهم فخبسه الله تعالى به فقال النبي عليه الصلاة والسلام ان هذه البهائم أو ابد، كأو ابد الوحش فاند عليكم فاصنعوا به هكذا والقول بهذا الحديث أولى لصحته لأنه لا ينبغي أن يكون هذا مستثنى من ذلك الأصل مع أن لقائل أن يقول انه جار مجرى الأصل في هذا الباب وذلك ان العلة في كون العقرد ذكاة في بعض الحيوان ليس شيئا أكثر من عدم القبرة عليه لأنه وحشي فقط فاذا وجد هذا المعنى من الانسي جاز أن تكون ذكاته ذكاة الوحشي فيتفق القياس والسماح

﴿ الباب الثاني فيما يكون به الصيد ﴾

والأصل في هذا الباب آيتان وحديثان الآية الاولى قوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا لبيدوا لكم الله بشئ من الصيد تناله أيديكم ورماحكم) والثانية قوله تعالى (قل أحل لكم الطيبات وما علمتم من الجوارح مكلبين) الآية وأما الحديثان فأحدهما حديث عدي بن حاتم وفيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له اذا أرسلت كلابك المعلمة وذكرك اسم الله عليها فكل مما أمسكن عليك وإن أكل الكلب فلاناً كل فاني أخاف أن يكون انما أمسك على نفسه وإن خالطها كلاب غيرها فلاناً كل فانما سميت على كلبك ولم تسم على غيره وسأله عن المعراض فقال اذا أصاب بعرضه فلاناً كل فانه وقيد وهذا الحديث هو أصل في أكثر ما في هذا الكتاب والحديث الثاني حديث أبي ثعلبة الخشني وفيه من قوله عليه الصلاة والسلام ما أصبت بقوسك فسم الله ثم كل وما صبت بكلبك المعلم فاذا كرام اسم الله ثم كل وما صبت بكلبك الذي ليس بمعلم وأدركت ذكاته فكل وهذا الحديثان اتفق أهل الصحيح على اخراجهما والآلات التي يصاد بها منها ما انفقوا عليها بالجملة ومنها ما اختلفوا فيها وفي صفاتها وهي ثلاث حيوان جارح ومثقل فأما المحدث فاتفقوا عليه كالرماح والسيوف والسهام للنص عليها في الكتاب والسنة وكذلك بما جرى مجراها مع بقومها من الأشياء التي اختلفوا في عملها في ذكاة الحيوان الانسي وهي السن والظفر والعظم وقد تقدم اختلافهم في ذلك فلامعنى لعادته وأما المثقل فاختلفوا في الصيد به مثل الصيد بالمعراض والحجر فمن العلماء من لم يجز من ذلك الا ما أدركت ذكاته ومنهم من أجازة على الإطلاق ومنهم من فرق بين ما قتله المعراض أو الحجر بقتله أو بجده اذا خرق جسد الصيد فأجازة اذا خرق ولم يجزه اذا لم يخرق وبهذا القول قال مشايير فقهاء الأمصار الشافعي ومالك وأبو حنيفة وأحمد والثوري وغيرهم وهو راجع الى انه لا ذكاة الا بمحدث وسبب اختلافهم معارضة الأصول في هذا الباب بعضها بعضا ومعارضة الأثر لها وذلك ان من الأصول في هذا الباب ان الوقيد محرم بالكتاب والاجاع ومن أصوله ان العقرد ذكاة الصيد فمن رأى ان ما قتل المعراض وقيد منه على الإطلاق ومن رآه عقر اختصاصا بالصيد وأن الوقيد غير معتبر فيه أجازة على الإطلاق ومن فرق بين ما خرق من ذلك أو لم يخرق فخصرا الى حديث عدي بن حاتم المتقدم وهو

الصواب وأما الحيوان الجارح فالافتراق والاختلاف فيه منه متعلق بالنوع والشرط ومنه ما يتعلق بالشرط فأما النوع الذي اتفقوا عليه فهو الكلاب ماعدا الكلب الأسود فإنه كرهه قوم منهم الحسن للبصري وإبراهيم النخعي وقتادة وقال أحد ما عرف أحد ايرخص فيه إذا كان بهما وبه قال اسحق وأما الجمهور فعلى إجازة صيده إذا كان معلما وسبب اختلافهم معارضة القياس للعموم وذلك أن عموم قوله تعالى (وما علمتم من الجوارح مكلين) يقتضى تسوية جميع الكلاب في ذلك وأمره عليه الصلاة والسلام بقتل الكلب الأسود البهيم يقتضى في ذلك القياس أن لا يجوز اصطياده على رأى من رأى أن النهى يدل على فساد النهى عنه وأما الذى اختلفوا فيه من أنواع الجوارح فيماعد الكلب ومن جوارح الطيور وحيواناتها الساعية ففهم من أجاز جميعها إذا علمت حتى السنور كما قال ابن شعبان وهو مذهب مالك وأصحابه وبه قال فقهاء الأمصار وهو مروى عن ابن عباس أعنى أن ما قبل التعليم من جميع الجوارح فهو آلة لذكاة الصيد وقال قوم لا يصيد بجراح ماعدا الكلب لا باز ولا صقر ولا غير ذلك إلا ما أدركت ذكاته وهو قول مجاهد واستثنى بعضهم من الطيور الجارحة البازى فقط فقال يجوز صيده وحده وسبب اختلافهم في هذا الباب شيان أحدهما قياس سائر الجوارح على الكلاب وذلك أنه فيظن أن النص انما ورد في الكلاب أعنى قوله تعالى (وما علمتم من الجوارح مكلين) الا أن يتأول أن لفظة مكلين مشتقة من كلب الجارح لا من لفظ الكلب ويدل على هذا عموم اسم الجوارح التى فى الآية فعلى هذا يكون سبب الاختلاف الاشتراك الذى فى لفظة مكلين والسبب الثانى هل من شرط الامساك الامساك على صاحبه أم لا وان كان من شرطه فهل يوجد في غير الكلب أو لا يوجد فن قال لا قياس سائر الجوارح على الكلاب وأن لفظة مكلين هي مشتقة من اسم الكلب لا من اسم الكلب أو أنه لا يوجد الامساك الا في الكلب أعنى على صاحبه وأن ذلك شرط قال لا يصاد بجراح سوى الكلب ومن قاس على الكلب سائر الجوارح ولم يشترط في الامساك الامساك على صاحبه قال يجوز صيد سائر الجوارح اذا قبلت التعليم وأما من استثنى من ذلك البازى فقط فخصيرا الى ما روى عن عدى بن حاتم أنه قال سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صيد البازى فقال ما أمسك عليك فكل خرجه الترمذى فهذه هي أسباب اتفاقهم واختلافهم في أنواع الجوارح وأما الشروط المشتركة في الجوارح فان منها ما اتفقوا عليه وهو التعليم بالجلعة لقوله تعالى (وما علمتم من الجوارح مكلين) وقوله عليه الصلاة والسلام اذا أرسلت كلبك المعلم واختلفوا في صفة التعليم وشروطه فقال قوم التعليم ثلاثة أصناف أحدها أن تدعو الجارح فيجيب والثاني أن تشليه فينشلى والثالث أن تزجره فيزجر ولا خلاف بينهم في اشتراط هذه الثلاثة في الكلب وانما اختلفوا في اشتراط الاتزجار في سائر الجوارح واختلفوا أيضا في هل من شرطه أن لا يأكل الجارح ففهم من اشتراطه على الاطلاق ومنهم من اشتراطه في الكلب فقط وقول مالك ان هذه الشروط الثلاثة شرط في الكلاب وغيرها وقال ابن حبيب من أصحابه ليس يشترط الاتزجار فيما ليس يقبل ذلك من الجوارح مثل البزاة والصقور وهو مذهب مالك أعنى انه ليس من شرط الجارح لا كلب ولا غيره أن لا يأكل كل واشترطه بعضهم في الكلب ولم يشترطه فيما عداه من جوارح الطيور ومنهم من اشتراطه كما قلنا في الكل والجمهور على جواز كل صيد البازى والصقر وان أكل لأن نصه يته امتناعا تكون بالأكل

فالخلاف في هذا الباب راجع الى موضعين أحدهما هل من شرط التعليم أن ينزجر اذا زجر والثاني هل من شرطه ألا يأكل كل وسبب الخلاف في اشتراط الأكل أو عدمه شيان أحدهما اختلاف الآثر في ذلك والثاني هل اذا أكل فهو ممسك أم لا فأما الآثار فمما حديث عدى بن حاتم المتقدم وفيه فإن أكل فلاناً كل فاني أخاف أن يكون انما أمسك على نفسه والحديث المعارض لهذا حديث أبي ثعلبة الخشني قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله فكل فكل قلت وإن أكل منه يارسول الله قال وإن أكل فمن جمع بين الحديثين بأن حمل حديث عدى بن حاتم على التنبه وهذا على الجواز قال ليس من شرطه ألا يأكل كل ومن رجع حديث عدى بن حاتم اذ هو حديث متفق عليه وحديث أبي ثعلبة يختلف فيه ولذلك لم يخرج به الشيخان البخاري ومسلم وقال من شرط الامساك أن لا يأكل كل بدليل الحديث المذكور قال إن أكل الصيد لم يؤكل وبه قال الشافعي وأبو حنيفة وأحمد واسحق والثوري وهو قول ابن عباس ورخص في أكل ما أكل الكلب كما قلنا مالك وسعيد بن مالك وابن عمر وسليمان وقالت المالكية المتأخرة انه ليس الأكل بدليل على أنه لم يمسه لسيده ولا الامساك لسيده بشرط في الذكاة لأن نية الكلب غير معلومة وقد يمسه لسيده ثم يبدله فيمسكه لنفسه وهذا الذي قالوه خلاف النص في الحديث وخلاف ظاهر الكتاب وهو قوله تعالى (فكلوا مما مسكن عليكم) ولا امساك على سيد الكلب طريق تعرف به وهو العادة ولذلك قال عليه الصلاة والسلام فإن أكل فلاناً كل فاني أخاف أن يكون انما أمسك على نفسه وأما اختلافهم في الازدجار فليس له سبب الاختلاف فهم في قياس سائر الجوارح في ذلك على الكلب لأن الكلب الذي لا يزدجر لا يسمى معلماً باتفاق فأما سائر الجوارح اذا لم تنزجر هل تسمى معلمة أم لا ففيه التردد وهو سبب الخلاف

باب الثالث في معرفة الذكاة المختصة بالصيد وشروطها

واتفقوا على أن الذكاة المختصة بالصيد هي العقر واختلفو في شروطها اختلافاً كثيراً واذا اعتبرت أصولها التي هي أسباب الاختلاف سوى الشروط المشتركة في الآلة وفي الصائد وجدتها ثمانية شروط اثنان يشتركان في الذكابين أعني ذكاة المصيد وغير المصيد وهي النية والتسمية وستة تختص بهذه الذكاة أحدها انها لم تكن الآلة والجراح الذي أصاب المصيد قد نفذ مقاتله فإنه يجب أن يذكي بذكاة الحيوان الانسي اذا قدر عليه قبل أن يموت مما أصابه من الجراح أو من الضرب وأما ان كان قد نفذ مقاتله فليس يجب ذلك وإن كان قد يستحب والثاني أن يكون الفعل الذي أصيب به الصيد مبدؤه من الصائد لامن غيره أعني الآلة كالحبال في الحباله ولا من الجراح كالحال فيما يصيب الكلب الذي ينشلي من ذاته والثالث أن لا يشاركه في العقر من ليس عقره ذكاة والرابع أن لا يشك في عين الصيد الذي أصابه وذلك عند غيبته عن عينه والخامس أن لا يصحكون الصيد مقدورا عليه في وقت الارسل عليه والسادس أن لا يكون موته من رعب من الجراح أو بصدمة منه فهذه هي أصول الشروط التي من قبل اشتراطها ولا اشتراطها عرض الخلاف بين الفقهاء ووربما اتفقوا على وجوب بعض هذه الشروط ويختلفون في وجودها في نازلة نازلة كاتفاق المالكية على ان من شرط الفعل أن يكون مبدؤه من الصائد واختلافهم اذا أفلت الجراح من يده وأخرج بنفسه ثم أغراه هل يجوز ذلك الصيد أم لا لتردد هذه الحال بين أن يوجد لها

هذا الشرط أولا بوجد كاتفاق أى حنيفة ومالك على أن من شرطه إذا أدرك غير منفوذ المقاتل أن يذكى
إذا قدر عليه قبل أن يموت واختلافهم بين أن يتخلصه حيا فيموت في يده قبل أن يتمكن من ذكائه فإن
أباحنيفة منع هذا وأجازاه مالك ورأه مثل الأول أعنى إذا لم يقدر على تخليصه من الجراح حتى مات لتردد هذه
الحال بين أن يقال أدركه غير منفوذ المقاتل وفي غير يد الجراح فأشبهه المفطر وأول يشبهه فلم يقع منه تفریط
وإذا كانت هذه الشروط هي أصول الشروط للمشرطة في الصيد مع سائر الشروط المذكورة في الآلة
والصائد نفسه على ماسيأتى يجب أن يذكر منها ما اتفقوا منه عليه وما اختلفوا فيه وأسباب الخلاف
في ذلك وما يتفرع عنها من مشهور مسائلهم فنقول اما التسمية والنية فقد تقدمت خلاف فيما وسببه
في كتاب الذبائح ومن قبل اشتراط النية في الذكاة لم يحز عند من اشترطها إذا أرسل الجراح على صيد
وأخذ آخر ذكاة ذلك الصيد الذى لم يرسل عليه وبه قال مالك وقال الشافعى وأبو حنيفة وأحمد وأبو ثور ذلك
جائز ويؤكل ومن قبل هذا أيضا اختلف أصحاب مالك في الإرسال على صيد غير مؤكل كالدبى يرسل على
ما فى غيضة أو من وراء أكمة ولا يدري هل هناك شئ أم لا لأن القصد فى هذا يشوبه شئ من الجهل
وأما الشرط الأول الاختصاص بذكاة الصيد من الشروط الستة التى ذكرناها وهو ان عقرا الجراح له إذا لم ينفذ
مقاتله إنما يكون ذكاة إذا لم يدركه المرسل حيا فباشتراطه قال جمهور العلماء لما جاء فى حديث عدى
ابن حاتم فى بعض رواياته أنه قال عليه الصلاة والسلام وإن أدركته حيا فأذبحه وكان النخعي يقول
إذا أدركته حيا ولم يكن معك حديدة فأرسل عليه الكلاب حتى تقتله وبه قال الحسن البصرى مصبرا
لعموم قوله تعالى (فكلوا مما أمسكن عليكم) ومن قبل هذا الشرط قال مالك لا يتوانى المرسل
فى طلب الصيد فإن نوانى فأدركه ميتا فإن كان منفوذ المقاتل بسهم حل كله والام يلج من أجل أنه لو لم
يتوان لكان يمكن أن يدركه حيا غير منفوذ المقاتل وأما الشرط الثانى وهو أن يكون الفعل مبدؤه من
القائض ويكون متصلا حتى يصيب الصيد فن قبل اختلافهم فيه اختلفوا فيما نصيبه الحبالة والشبكة
إذا أفتت المقاتل بمعد فيها فنع ذلك مالك والشافعى والجمهور ورخص فيه الحسن البصرى ومن هذا
الأصل لم يحز مالك الصيد الذى أرسل عليه الجراح فتنشغل بشئ آخر ثم عاد إليه من قبل نفسه وأما الشرط
الثالث وهو أن لا يشاركه فى العقر من ليس عقره ذكاة فهو شرط يجمع عليه فيما ذكر لأنه لا يدري من
قتله وأما الشرط الرابع وهو أن لا يشك فى عين الصيد ولا فى قتل جرحه له فن قبل ذلك اختلفوا
فى كل الصيد إذا غاب مصرعه فقال مالك مرة لا بأس بأكل الصيد إذا غاب عنك مصرعه إذا وجدت
به أثر من كلبك أو كان به سهمك ما لم يبت فاذابات فأنى أكرهه وبالكراهية قال الثورى وقال عبد الوهاب
إذا ذابت الصيد من الجراح لم يؤكل وفى السهم خلاف وقال ابن الماجشون يؤكل فيه ما جميعا إذا وجد منفوذ
المقاتل وقال مالك فى المدونة لا يؤكل فيه ما جميعا إذا ذابت وإن وجد منفوذ المقاتل وقال الشافعى القياس
أن لا تأكله إذا غاب عنك مصرعه وقال أبو حنيفة إذا توارى الصيد والكلب فى طلبه فوجده المرسل
مقتولا جازأكله ما لم يترك الكلب الطلب فإن تركه كرهنا كله وسبب اختلافهم شيان أنان الشك
العارض فى عين الصيد أو فى ذكائه والسبب الثانى اختلاف الآثار فى هذا الباب فروى مسلم والشافعى
والترمذى وأبو داود عن أنس بن نعبة عن النبی عليه الصلاة والسلام فى الذى يدركه صيده بعد ثلاث

فقال كل مالم ينتن وروى مسلم عن أبي ثعلبة أيضا عن النبي عليه الصلاة والسلام قال اذا رميت سهمك فغاب عنك مصرعه فكل مالم يبت وفي حديث عدي بن حاتم أنه قال عليه الصلاة والسلام اذا وجدت سهمك فيه ولم تجد فيه أثر سبع وعلمت أن سهمك قتله فكل ومن هذا الباب اختلافهم في الصيد يصاب بالسهم أو يصيبه الجارح فيسقط في ماء أو يتردى من مكان عال فقال مالك لا يؤكل لأنه لا يدري من أى الأمرين مات الآن يكون السهم قد نفذ مقاتله ولا يشك أن منه مات وبه قال الجمهور وقال أبو حنيفة لا يؤكل إن وقع في ماء منغوذ المقاتل ويؤكل إن تردى وقال عطاء لا يؤكل أصلا اذا أصيب المقاتل وقع في ماء أو تردى من موضع عال لا مكان أن يكون زهوق نفسه من قبل التردى أو من الماء قبل زهوقها من قبل انفاذ المقاتل وأما موته من صدم الجارح له فإن ابن القاسم منعه قياسا على المقتل وأجازه أشهب لعموم قوله تعالى (فكلوا مما أسكن عليكم) ولم يختلف المذهب أن مامات من خوف الجارح انه غير ذكي وأما كونه في حين الارسال غير مقدور عليه فإنه شرط فيما علمت متفق عليه وذلك يوجد اذا كان الصيد مقدورا على أخذه باليد دون خوف أو غرر اما من قبل أنه قد نشب في شئ أو تعلق بشئ أو رماء أحد فكسر جناحه أو ساقه وفي هذا الباب فروج كثيرة من قبل تردد بعض الأحوال بين أن يوصف فيها الصيد بأنه مقدور عليه أو غير مقدور عليه مثل ان تضطره الكلاب فيقع في حفرة فقيل في المذهب يؤكل وقيل لا يؤكل واختلفو في صفة العقار اذا ضرب الصيد فأبين منه عضو فقال قوم يؤكل الصيدون ما بان منه وقال قوم يؤكلان جميعا وفرق قوم بين أن يكون ذلك العضو مقتلا أو غير مقتل فقالوا ان كان مقتلا أو كلا جميعا وان كان غير مقتل أكل الصيد ولم يؤكل العضو وهو معنى قول مالك والى هذا يرجع خلافهم في أن يكون القطع بنصفين أو يكون أحدهما أكبر من الثاني وسبب اختلافهم معارضة قوله عليه الصلاة والسلام ما قطع من البهية وهي حية فهو ميتة لعموم قوله تعالى (فكلوا مما أسكن عليكم) ولعموم قوله تعالى (تنالوا أيديكم ورماحكم) فن غلب حكم الصيد وهو العقر مطلقا قال يؤكل الصيد والعضو المقطوع من الصيد وحمل الحديث على الانسى ومن حمله على الوحشى والانسى معا واستثنى من ذلك العموم بالحديث العضو المقطوع فقال يؤكل الصيد دون العضو البائن ومن اعتبر في ذلك الحياة المستقرة أعنى في قوله وهي حية فرق بين أن يكون العضو مقتلا أو غير مقتل

﴿ الباب الرابع في شروط القانص ﴾

وشروط القانص هي شروط التامع نفسه وقد تقدم ذلك في كتاب التابح المتفق عليها واختلف فيها لو يخص الاصطياد في البر شرط زائد وهو أن لا يكون محرولا خلاف في ذلك لقوله تعالى (وحرم عليكم صيد البر مادمت حرم) فان اصطاد محرما فهل يحل ذلك الصيد للحلال أم هو ميتة لا يحل لأحد أصلا اختلف فيه الفقهاء فنهب مالك الى انه ميتة وذهب الشافعي وأبو حنيفة وأبو ثور الى انه يجوز لغير المحرم أكله وسبب اختلافهم هو الأصل المشهور وهو هل النهى يعود بفساد المنهى أم لا وذلك بمنزلة ذبح السارق والغاصب واختلفوا من هذا الباب في كلب المجوس المعلم فقال مالك الاصطياد به جائز فان المعتبر الصائد لا الآلة وبه قال الشافعي وأبو حنيفة وغيرهم وكرهه جابر بن عبد الله والحسن وعطاء ومجاهد والثوري

لأن الخطاب في قوله تعالى (وما علمتم من الجوارح مكليين) متوجه نحو المؤمنين وهذا كاف بحسب المقصود من هذا الكتاب والله الموفق للصواب

﴿ كتاب العقيدة ﴾

والقول المحيط باصول هذا الكتاب ينحصر في ستة أبواب الاول في معرفة حكمها الثاني في معرفة محلها الثالث في معرفة من يعق عنه وكيفية الرابع في معرفة وقت هذا النسك الخامس سن هذا النسك وصفته السادس حكم لحما وسائر أجزائها * فاما حكمها فذهب طائفة منهم الظاهرية الى انها واجبة وذهب الجمهور الى انها سنة وذهب أبو حنيفة الى انها ليست فرضا ولا سنة وقد قيل ان تحصيل مذهبه انها عنده تطوع وسبب اختلافهم تعارض مفهوم الآثار في هذا الباب وذلك ان ظاهر حديث سمرة وهو قول النبي عليه الصلاة والسلام قال كل غلام مرتهن بعقيقته تذبح عنه يوم سابعه ويماط عنه الاذى يقتضي الوجوب وظاهر قوله عليه الصلاة والسلام وقد سئل عن العقيقة فقال لا أحب العقوق ومن ولله ولد فاحب أن ينسك عن ولده فليفعل يقتضي الندب والاباحة فمن فهم منه الندب قال العقيقة سنة ومن فهم الاباحة قال ليست بسنة ولا فرض وخرج الحديثان أبو داود ومن أخذ بحديث سمرة أوجبها * وأما محلها فان جمهور العلماء على انه لا يحوز في العقيقة الا ما يحوز في الضحايا من الأزواج الثمانية وأما مالك فاختلف فيها الشأن على مذهبه في الضحايا واختلف قوله هل يجزى فيها الابل والبقر أو لا يجزى وسائر الفقهاء على أصلهم أن الابل أفضل من البقر والبقر أفضل من النعم وسبب اختلافهم تعارض الآثار في هذا الباب والقياس أما الآثار لحديث ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم عقى عن الحسن والحسين كبشا كبشا وقوله عن الجارية شاة وعن الغلام شاتان خرجهما أبو داود وأما القياس فلانها نسك فوجب أن يكون الاعظم فيها أفضل قياسا على الهدايا * وأما من يعق عنه فان جمهورهم على انه يعق عن الذكر والاتي الصغير بن فقط وشذا الحسن فقال لا يعق عن الجارية وأجاز بعضهم أن يعق عن الكبير ودليل الجمهور على تعلقها بالصغير قوله عليه الصلاة والسلام يوم سابعه ودليل من خالف ما روى عن أنس ان النبي عليه الصلاة والسلام عقى عن نفسه بعد ما بعث بالنبوة ودليلهم أيضا على تعلقها بالاتي قوله عليه الصلاة والسلام عن الجارية شاة وعن الغلام شاتان ودليل من اقتصر بها على الذكر قوله عليه الصلاة والسلام كل غلام مرتهن بعقيقته * وأما العدد فان الفقهاء اختلفوا أيضا في ذلك فقال مالك يعق عن الذكر والاتي بشاة وقال الشافعي وأبو ثور وداود وأحمد يعق عن الجارية شاة وعن الغلام شاتان وسبب اختلافهم اختلف الآثار في هذا الباب فمنها حديث أم كرز الكعبية خرجة أبو داود قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول في العقيقة عن الغلام شاتان مكافأتان وعن الجارية شاة والمكافأتان المتأثتان وهذا يقتضي الفرق في ذلك بين الذكر والاتي

وماروى أنه عني عن الحسن والحسين كبشا كبشا يقتضى الاستواء بينهما وأما وقت هذا النسك فإن جمهور العلماء على أنه يوم سابع المولود ومالك لا يعد في الأسبوع اليوم الذي ولد فيه إن ولدته أمه وعبد الملك بن الماجشون يحسب به وقال ابن القاسم في العتبية إن عني ليلام يحزه واختلف أصحاب مالك في مبدأ وقت الأجزاء ف قيل وقت الضحايا أعني نحيي وقيل بعد الفجر قياسا على قول مالك في الهدايا ولا شك أن من أجاز الضحايا لا أجاز هذه ليلا وقد قيل يجوز في السابع الثاني والثالث وأما سن هذا النسك وصفته فسن الضحايا وصفتها الجائز فأعني أنه يتيق فيهما من العيوب ما يتيق في الضحايا ولا أعلم في هذا خلافا في المذهب ولا خارجا منه وأما حكم لحما وجلدها وسائر أجزائها فحكم لحم الضحايا في الاكل والصدقة ومنع البيع وجميع العلماء على أنه كان يدمى رأس الطفل في الجاهلية بدمها وأنه نسخ في الاسلام وذلك لحديث بريدة الأسلمي قال كان في الجاهلية إذا ولد لاحدنا غلام ذبح له شاة ولطح رأسه بدمها فلما جاء الاسلام كان ذبح ونطح رأسه ونطحه بزعران وشذ الحسن وقتادة فقالا يس رأس الصبي يقطنة قد غمست في السم واستحب كسر عظامها لما كانوا في الجاهلية يقطعونها من المفاصل واختلف في حلاق رأس المولود يوم السابع والصدقة بوزن شعره فضة فقيل هو مستحب وقيل هو غير مستحب والقولان عن مالك والاستحباب أجود وهو قول ابن حبيب لما رواه مالك في الموطأ أن فاطمة بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم حلفت شعر الحسن والحسين وزينب وأم كلثوم وتصدق بزنة ذلك فضة

﴿ كتاب الاطعمة والاشربة ﴾

والكلام في أصول هذا الكتاب يتعلق بمجملة الأولى تذكر فيها المحرمات في حال الاختيار الجملة الثانية تذكر فيها أحوالها في حال الاضطرار (الجملة الأولى) والاغذية الانسانية نبات وحيوان فأما الحيوان الذي يقتضى به فنه حلال في الشرع ومنه حرام وهذا منه يرى ومنه يحرم والمحرم منها ما تكون محرمة لعينها ومنها ما تكون لسبب وارد عليها وكل هذه منها ما اتفقوا عليه ومنها ما اختلفوا فيه فأما المحرم لسبب وارد عليها فهي بالجملة تسعة الميتة والمنخنقة والموقوذة والمتريدة والنطيحة ومأكل السبع وكل ما ناقصه شرط من شروط التذكية من الحيوان الذي التذكية شرط في أكله والجلالة والطعام الحلال يحاطه نجس فأما الميتة فاتفق العلماء على تحريم ميتة البر واختلفوا في ميتة البحر على ثلاثة أقوال فقال قوم هي حلال باطلاق وقال قوم هي حرام باطلاق وقال قوم ما طفا من السمك حرام وما جز عنه البحر فهو حلال وبسبب اختلافهم تعارض الآثار في هذا الباب ومعارضة عموم الكتاب لبعضها معارضة كلية وموافقتها لبعضها موافقة جزئية ومعارضة بعضها لبعض معارضة جزئية فأما العموم فهو قوله تعالى (حرم عليكم الميتة) وأما الآثار المعارضة لهذا العموم معارضة كلية فحديثان الواحد متفق عليه والآخر مختلف فيه أما المتفق عليه فحديث جابر وفيه أن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وجعلوا حوتا يسمى العنبر أودابة قد جزر عنه البحر فأكلوا منه بضعة وعشرين يوما أو شهرا ثم قدموا

على رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبروه فقال هل معكم من لجه شيء فأرسلوا منه إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأكله وهذا إنما يعارض الكتاب معارضة كلية بمفهومه لا بلفظه وأما الحديث الثاني المختلف فيه فأرواه مالك عن أبي هريرة أنه سئل عن ماء البصر فقال هو الطهور ماؤه الحل ميتته وأما الحديث الموافق للعموم موافقة جزئية فأروى إسماعيل بن أمية عن أبي الزبير عن جابر عن النبي عليه الصلاة والسلام قال ما ألقى البحر أو جزر عنه فكلوه وما طفا فلا تأكلوه وهو حديث أضعف عندهم من حديث مالك وسبب ضعف حديث مالك أن في رواته من لا يعرف وأنه ورد من طريق واحد قال أبو عمر بن عبد البر بل رواته معروفون وقد ورد من طرق وسبب ضعف حديث جابر أن الثقات أوقفوه على جابر فنرجح حديث جابر هذا على حديث أبي هريرة لشهادة عموم الكتاب له يستثنى من ذلك إلا ما جاز عنه البحر إذ لم يرد في ذلك تعارض ومن رجح حديث أبي هريرة قال بالإباحة مطلقاً وأما من قال بال منع مطلقاً فخصراً إلى ترجيح عموم الكتاب وبالإباحة مطلقاً قال مالك والشافعي وبالنوع مطلقاً قال أبو حنيفة وقال قوم غير هؤلاء بالفرق وأما الخمسة التي ذكر الله مع الميتة فلا خلاف أن حكمها عندهم حكم الميتة وأما الجلالة وهي التي تأكل النجاسة فاختلّفوا في أصلها وسبب اختلافهم معارضة القياس للآخر أما الآخر فأروى أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن لحوم الجلالة وألبانها أخرجه أبو داود عن ابن عمر وأما القياس المعارض لهذا فهو أن ما ردد جوف الحيوان ينقلب إلى لحم ذلك الحيوان وسائر أجزائه فإذا قلنا أن لحم ذلك الحيوان حلال وجب أن يكون لما ينقلب من ذلك حكم ما ينقلب إليه وهو اللحم كما لو أكلوا قلب ثوراً أو كفتل بالدم لحماً والشافعي يحرم الجلالة ومالك يكرهها وأما النجاسة فمخالطة الحلال فالأصل فيه الحديث المشهور من حديث أبي هريرة ومجوده أنه سئل عليه الصلاة والسلام عن الفارة تقع في السمن فقال إن كان جامداً فأطرحوها وما حوّلها واكلوا الباقي وإن كان ذائباً فأريقوها ولا تقرّ به والعلماء في النجاسة فمخالطة المطعومات الحلال منهbian أحدهما من يعتبر في التحريم المخالطة فقط وإن لم يتغير للطعام لون ولا رائحة ولا طعم من قبل النجاسة التيخالطته وهو المشهور والذي عليه الجمهور والثاني من ذهب من يعتبر في ذلك التغير وهو قول أهل الظاهر ورواية عن مالك وسبب اختلافهم اختلافهم في مفهوم الحديث وذلك أن منهم من جعله من باب الخاص أريد به الخاص وهم أهل الظاهر فقالوا هذا الحديث يعم على ظاهره وسائر الأشياء يعتبر فيها تغييرها بالنجاسة أو لا تغييرها بها ومنهم من جعله من باب الخاص أريد به العام وهم الجمهور فقالوا المفهوم منه أن بنفس مخالطة النفس نجس الحلال إلا أنه لم يتعلل لهم الفرق بين أن يكون جامداً أو ذائبا لوجود المخالطة في هاتين الحالتين وإن كانت في إحدى الحالتين أكثر أعمى في حالة الذوبان ويجب على هذا أن يفرق بين المخالطة القليلة والكثيرة فلعلهم يفرقوا بينهما فكانهم اقتصر على بعض الحديث على ظاهره ومن بعضه على القياس عليه ولذلك أقره الظاهرية كله على ظاهره * وأما المحرمات لعينها فمنها ما تنفقوا أيضا عليه ومنها ما اختلفوا فيه فأما المتفق منها عليه فاتفق المسلمون منها على اثنتين

لحم الخنزير والدم فأما الخنزير فاتفقوا على تحريم شحمه ولحمه وجلده واختلفوا في الانتفاع بشعره وفي طهارة جلده مذبوحا وغير مذبوح وقد تقدم ذلك في كتاب الطهارة وأما الدم فاتفقوا على تحريم المسفوح منه من الحيوان المذكور واختلفوا في غير المسفوح منه وكذلك اختلفوا في دم الحوت فمنهم من رآه نجسا ومنهم من لم يره نجسا والاختلاف في هذا كله موجود في مذهب مالك وخارجا عنه وسبب اختلافهم في غير المسفوح معارضة الاطلاق للتعديد وذلك ان قوله تعالى (حرمت عليكم الميتة والدم) يقتضى تحريم مسفوح الدم وغيره وقوله تعالى (أو دم مسفوحا) يقتضى بحسب دليل الخطاب تحريم المسفوح فقط فمن رد المطلق الى المقيد اشترط في التحريم السفع ومن رأى ان الاطلاق يقتضى حكما زائدا على التعييد وان معارضة المقيد للطريق انما هو من باب دليل الخطاب والمطلق عام والعام أقوى من دليل الخطاب قضى بالمطلق على المقيد وقال يحرم قليل الدم وكثيره والسفع المشترط في حرمية الدم انما هو في دم الحيوان المذكور أعني انه الذي يسيل عند التذكية من الحيوان الحلال الاكل وأما كل دم يسيل من الحيوان الحلي فقليله وكثيره حرام وكذلك الدم من الحيوان المحرم الاكل وان ذكى فقليله وكثيره حرام ولا خلاف في هذا وأما سبب اختلافهم في دم الحوت فمعارضة العموم للقياس أما العموم فقوله تعالى والدم وأما القياس فما يمكن أن يتوهم من كون الدم تابعا في التحريم لميتة الحيوان أعني ان ما حرم ميتته حرم دمه وما حل ميتته حل دمه ولذلك رأى مالك ان ما لادله فليس بميتة قال القاضي وقد تكلمنا في هذه المسئلة في كتاب الطهارة ويذكر الفقهاء حديثا في هذا عن حصص العموم والدم وهو قوله عليه الصلاة والسلام أحلت لنا ميتتان ودمان وهذا الحديث في غالب ظني ليس هو في الكتب المشهورة من كتب الحديث وأما المحرمات لعينها المختلف فيها فأربعة أحدها لحوم السباع من الطير ومن ذوات الاربع والثاني ذوات الحافر الانسية والثالث لحوم الحيوان المأمور بقتله في الحرم والرابع لحوم الحيوانات التي تعافها النفوس وتستغيبها بالطبع وحكى أبو حامد عن الشافعي أنه يحرم لحم الحيوان المنهى عن أكله قال كاختلاف والنحل فيكون هذا جنسا خامسا من المختلف فيه (فأما المسئلة الاولى) وهي السباع ذوات الاربع فروى ابن القاسم عن مالك انها مكروهة وعلى هذا القول عول جمهور أصحابه وهو المنصور عندهم وذكر مالك في الموطأ ما دليله انها عندة محرمة وذلك أنه قال بعقب حديث أبي هريرة عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال أكل كل ذي ناب من السباع حرام وعلى ذلك الامر عندنا والى تحريمها ذهب الشافعي وأشهب وأصحاب مالك وأبو حنيفة الا أنهم اختلفوا في جنس السباع المحرمة فقال أبو حنيفة كل ما أكل اللحم فهو سبع حتى القليل والضبع والبربوع عنده من السباع وكذلك السور وقال الشافعي يؤكل الضبع والثعلب وانما السباع المحرمة التي تعم على الناس كالأسد والثعلب والذئب وكلا القولين في اللذهب وجمهورهم على ان القرد لا يؤكل ولا يتنفع به وعند الشافعي أيضا ان السكب حرام لا يتنفع به لانه فهم من النهي عن سوره نجاسة عينه وسبب اختلافهم في تحريم لحوم

السباع من ذوات الاربع معارضة الكتاب للأثار وذلك ان ظاهر قوله (قل لأجدفياً أوحى الى محرماً على طاعم يطعمه) الآية أن ماعدا المذكور في هذه الآية حلال وظاهر حديث أبي ثعلبة الخشني أنه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أكل كل ذي ناب من السباع ان السباع محرمة هكذا رواه البخاري ومسلم وأما مالك فارواه في هذا المعنى من طريق أبي هريرة هو أدين في المعارضة وهو ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أكل كل ذي ناب من السباع حرام وذلك ان الحديث الاول قد يمكن الجمع بينه وبين الآية بأن يحمل النهى المذكور فيه على الكراهية وأما حديث أبي هريرة فليس يمكن الجمع بينه وبين الآية الا ان يعتقد انه ناسخ للآية عند من رأى ان الزيادة نسخ وان القرآن ينسخ بالسنة المتواترة فمن جمع بين حديث أبي ثعلبة والآية حل خديث لحوم السباع على الكراهية ومن رأى ان حديث أبي هريرة يتضمن زيادة على ما في الآية حرم لحوم السباع ومن اعتقد ان الضبع والثعلب محرمان فاستدلوا بعموم لفظ السباع ومن خصص من ذلك العادية فصيلاً لما روى عبد الرحمن بن عمار قال سألت جابر بن عبد الله عن الضبع أكلها قال نعم قلت أصيد هي قال نعم قلت فأت سمعت ذلك من رسول الله صلى الله عليه وسلم قال نعم وهذا الحديث وان كان انقرد به عبد الرحمن فهو ثقة عند جماعة أئمة الحديث ولما ثبت من اقراره عليه الصلاة والسلام على أكل الضب بين يديه وأما سباع الطير فالجمهور على انها حلال لمكان الآية المتكررة وحرمها قوم لما جاء في حديث ابن عباس أنه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أكل كل ذي ناب من السباع وكل مخلب من الطير الا أن هذا الحديث لم يخرج به الشيخان وانما ذكره أبو داود (وأما المسئلة الثانية) وهي اختلافهم في ذوات الحافر الا نسي أعني الخيل والبغال والحمير فان جمهور العلماء على تحريم لحوم الجر الانسية الاماروى عن ابن عباس وعائشة أنهما كانا يبيعانها وعن مالك انه كان يكرهها ورواية ثانية مثل قول الجمهور وكذلك الجمهور على تحريم البغال وقوم كرهوها ولم يكرهوها وهو مروى عن مالك وأما الخيل فذهب مالك وأبو حنيفة وجماعة الى أنها محرمة وذهب الشافعي وأبو يوسف ومحمد وجماعة الى اباحتها والسبب في اختلافهم في الجر الانسية معارضة الآية المذكورة للاحاديث الثابتة في ذلك من حديث جابر وغيره قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم خيبر عن لحوم الجر الأهلية وأذن في لحوم الخيل فمن جمع بين الآية وهذا الحديث حملها على الكراهية ومن رأى النسخ قال بتحريم الجر أقال بالزيادة دون أن يوجب عنده نسخاً وقد احتج من لم يترجمها بما روى عن أبي اسحق الشيباني عن ابن أبي أوفى قال أصبنا حرام رسول الله صلى الله عليه وسلم بخير وطبخناها فنأدى منأدى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن اكفوا القدر بما فيها قال ابن اسحق فذكرت ذلك لسعيد بن جبير فقال انما نهى عنها لأنها كانت تأكل الحلة وأما اختلافهم في البغال فسببه معارضة دليل الخطاب في قوله تعالى (والخيول والبغال والحمير لتركبوها وزينة) وقوله مع ذلك في الأنعام لتركبوها ومنها تأكلون للآية الحاصرة للحرمات لأنه

يدل مفهوم الخطاب فيها ان المباح في البغال انما هو الركوب مع قياس البغل أيضا على الجار وأما سبب اختلافهم في الخيل فمعارضة دليل الخطاب في هذه الآية لحديث جابر ومعارضة قياس الفرس على البغل والجار له لكن اباحة لحم الخيل نص في حديث جابر فلا ينبغي أن يعارض بقياس ولا بدليل خطاب (وأما المسئلة الثالثة) وهي اختلافهم في الحيوان المأمور بقتله في الحرم وهي الخمس المنصوص عليها الغراب والحداة والعقرب والفأرة والكلب العقور فان قوما فهموا من الأمر بالقتل لجامع النهي عن قتل البهائم المباحة الأكل أن العلة في ذلك هو كونها محرمة وهو مذهب الشافعي وقوما فهموا من ذلك معنى التعدي لامتني التحريم وهو مذهب مالك وأبي حنيفة وجهور أصحابهما وأما الجنس الرابع وهو الذي تستخبئه النفوس كالخشرات والضفادع والسرطانات والسلمقات وما في معناها فان الشافعي حرمها وأباحها الغير ومنهم من كرها فقط وسبب اختلافهم اختلافهم في مفهوم ما ينطلق عليه اسم الخبائث في قوله تعالى (ويحرم عليهم الخبائث) فمن رأى أنها المحرمات بنص الشرع لم يحرم من ذلك ما تستخبئه النفوس مما لم يرد فيه نص ومن رأى ان الخبائث هي ما تستخبئه النفوس قال هي محرمة وأما ما حكاه أبو حامد عن الشافعي في تحريمه الحيوان المنهي عن قتله كالخفاف زعم والنحل فأنى لست أدرى أين وقعت الآثار الواردة في ذلك ولعلها في غير الكتب المشهورة عندنا وأما الحيوان البحري فان العلماء أجمعوا على تحليل ما لم يكن منه موافقا بالاسم لحيوان في البر محرم فقال مالك لا بأس بكل جميع حيوان البحر لأنه كره خنزير الماء وقال أتم تسمونه خنزيرا وبه قال ابن أبي ليلى والأوزاعي ومجاهد وجهور العلماء الآن منهم من يشترط في غير السمك التذكية وقد تقدم ذلك وقال الليث بن سعد أما انسان الماء وخنزير الماء فلا يؤكلان على شئ من الحالات وسبب اختلافهم هو هل يتناول لغة أو شرعا اسم الخنزير والانسان خنزير الماء وانسانه وعلى هذا يجب أن يتطرق الكلام الى كل حيوان في البحر مشترك بالاسم في اللغة أو في العرف لحيوان محرم في البر مثل الكلب عند من يرى تحريمه والنظر في هذه المسئلة يرجع الى أمرين أحدهما هل هذه الأسماء لغوية والثاني هل للاسم المشترك عموم أم ليس له فان انسان الماء وخنزيره يقالان مع خنزير البر وانسانه باشتراك الاسم فمن سلم أن هذه الأسماء لغوية ورأى أن للاسم المشترك عموما لزمه أن يقول بتعريمها ولذلك توقف مالك في ذلك وقال أتم تسمونه خنزيرا فنهذه حال الحيوان المحرم الأكل في الشرع والحيوان المباح الأكل وأما النبات الذي هو غذاء فكله حلال الا الخمر وسائر الانبذة المخذنة من العصارات التي تخمر ومن الغسل نفسه أما الخمر فانهم اتفقوا على تحريم قليلها وكثيرها أعنى التي هي من عصير العنب وأما الأنبذة فانهم اختلفوا في القليل منها الذي لا يسكر وأجمعوا على أن المسكر منها حرام فقال جمهور فقهاء الحجاز وجهور المحدثين قليل الأنبذة وكثيرها المسكرة حرام وقال العراقيون ابراهيم النخعي من التابعين وسفيان الثوري وابن أبي ليلى وشريك وابن شبرمة وأبو حنيفة وسائر فقهاء الكوفيين وأكثر علماء البصريين أن المحرم من سائر الأنبذة

المسكرة هو السكر نفسه لا العين وسبب اختلافهم تعارض الآثار والأقيسة في هذا الباب فالحجازيين في تثبيت مذهبهم طريقتان الطريقة الأولى الآثار الواردة في ذلك والطريقة الثانية تسمية الأبندة بأجمعها خرا فن أشهر الآثار التي تمسك بها أهل الحجاز ما رواه مالك عن ابن شهاب عن أبي سلمة ابن عبد الرحمن عن عائشة أنها قالت سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن البتع وعن نبيذ العسل فقال كل شراب أسكر فهو حرام أخرجه البخاري وقال يحيى بن معين هذا أصح حديث روى عن النبي عليه الصلاة والسلام في تحريم السكر ومنها أيضا أخرجه مسلم عن ابن عمر أن النبي عليه الصلاة والسلام قال كل مسكر خمر وكل خمر حرام فهذا حديثان صحيحان أما الأول فاتفق الكل عليه وأما الثاني فاتفرد بتصحيحه مسلم وخرج الترمذي وأبو داود والنسائي عن جابر بن عبد الله أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ما أسكر كثيره فقليله حرام وهونص في موضع الخلاف وأما الاستدلال الثاني من أن الأبندة كلها تسمى خرا فلهي في ذلك طريقتان أحدهما من جهة إثبات الاسماء بطريق الاشتقاق والثاني من جهة السماع فاما التي من جهة الاشتقاق فانهم قالوا انه معلوم عند أهل اللغة أن الخمر انما سميت خرا لمخاضها العقل فوجب لذلك أن يطلق اسم الخمر لغة على كل ما خمر العقل وهذه الطريقة من إثبات الاسماء فيها اختلاف بين الأصوليين وهي غير مرضية عند ائمة السانين وأما الطريقة الثانية التي من جهة السماع فانهم قالوا انه وإن لم يسلم لنا أن الأبندة تسمى في اللغة خرا فانها تسمى خرا ثمرعا واحتجوا في ذلك بحديث ابن عمر المتقدم وبما روى أيضا عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الخمر من هاتين الشجرتين النخلة والعنب وما روى أيضا عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ان من العنب خرا وان من العسل خرا ومن الزبيب خرا ومن الخنطة خرا وانما أكرم عن كل مسكر فهذه هي عمدة الحجازيين في تحريم الأبندة وأما الكوفيون فانهم تمسكوا بمنهجهم بظاهر قوله تعالى (ومن ثمرات النخيل والأعناب تصننون منه سكر اورز قاحسنا) وبآثار رويها في هذا الباب بالقياس المعنوي أما احتجاجهم بالآية فانهم قالوا السكر هو المسكر ولو كان محرم العين لما سماه الله زقا حسنا وأما الآثار التي اعتمدوها في هذا الباب فن أشهرها عندهم حديث أبي عون الثقفي عن عبد الله بن شداد عن ابن عباس عن النبي عليه الصلاة والسلام قال حرمت الخمر لعينها والسكر من غيرها قالوا وهذا نص لا يحقل التأويل وضعفه أهل الحجاز لان بعض رواه روى والمسكر من غيرها ومنها حديث بشر بك عن سماك بن حرب بإسناده عن أبي بردة بن نيار قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اني كنت نهيتكم عن الشراب في الأوعية فاشربوا فيما بد لكم ولا تسكروا أخرجه الطحاوي ورواه ابن مسعود أنه قال شهدت تحريم النبيذ كما شهدت ثم شهدت تحليله فحفظت ونسيتم ورواه ابن موسى قال بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم أنا ومعاذ إلى اليمن فقلنا يا رسول الله ان بهائم ارباب يصنعان من البر والشعير أحدهما يقال له المزر والآخر يقال له البتع فان شرب فقال عليه الصلاة والسلام اشربا ولا تسكرا أخرجه الطحاوي

أيضا الى غير ذلك من الآثار التي ذكروها في هذا الباب وأما احتجاجهم من جهة النظر فانهم قالوا قد نص القرآن أن علة التحريم في الخمر انما هي الصدع ذكر الله وقوع العداوة والبغضاء كما قال تعالى (انما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة) وهذه العلة توجد في القدر المسكر لا فيما دون ذلك فوجب أن يكون ذلك القدر هو الحرام الا ما انعقد عليه الاجماع من تحريم قليل الخمر وكثيرها قالوا وهذا النوع من القياس يلحق بالنص وهو القياس الذي ينبه الشرع على العلة فيه وقال المتأخرون من أهل النظر حجة الحجازيين من طريق السمع أقوى وحجة العراقيين من طريق القياس أظهر واذا كان هذا كما قالوا فيرجع الخلاف الى اختلافهم في تغليب الأثر على القياس أو تغليب القياس على الأثر اذا تعارضا وهي مسألة مختلف فيها لكن الحق أن الأثر اذا كان نصا ثابتا فالواجب أن يغلب على القياس وأما اذا كان ظاهر اللفظ محتملا للتأويل فهنا يتردد النظر هل يجمع بينهما بأن يتأول اللفظ أو يغلب ظاهر اللفظ على مقتضى القياس وذلك مختلف بحسب قوة لفظ من الألفاظ الظاهرة وقوة قياس من القياسات التي تقابلها ولا يدرك الفرق بينهما الا بالنوق العقلي كما يدرك الموزون من الكلام من غير الموزون وربما كان النوقان على التساوى ولذلك كثرت الاختلاف في هذا النوع حتى قال كثير من الناس كل مجتهد مصيب قال القاضي والذي يظهر لي والله أعلم أن قوله عليه الصلاة والسلام كل مسكر حرام وان كان يحتمل أن يراد به القدر المسكر لا الجنس المسكر فان ظهوره في تعليق التحريم بالجنس أغلب على الظن من تعليقه بالقدر لكان معارضة ذلك القياس له على ما تأوله الكوفيون فانه لا يبعد أن يحرم الشارع قليل المسكر وكثيره سدا للريعة وتعليقاً مع أن الضرر انما يوجد في الكثير وقد ثبت من حال الشرع بالاجماع انه اعتبر في الخمر الجنس دون القدر فوجب كل ما وجدت فيه علة الخمر أن يلحق بالخمر وأن يكون على من زعم وجود الفرق اقامة الدليل على ذلك هذا ان لم يسألوا لنا محجة قوله عليه الصلاة والسلام ما أسكر كثيره فقليله حرام فانهم ان سلموه لم يجدوا عنه انفسكا كما فانه نص في موضع الخلاف ولا يصح أن تعارض النصوص بالمقاييس وأيضاً فان الشرع قد أخبر أن في الخمر مضرة ومنفعة فقال تعالى (قل فيها اثم كبير ومنافع للناس) وكان القياس اذا قصد الجمع بين انتفاء المضرة ووجود المنفعة أن يحرم كثيرها ويحلل قليلها فلما غلب الشرع حكم المضرة على المنفعة في الخمر ومنع القليل منها والكثير وجب أن يكون الامر كذلك في كل ما يوجد فيه علة تحريم الخمر الا أن ثبت في ذلك فارق شرعي واتفقوا على أن الانتباه حلال عالم تحدث فيه الشدة المطربة الخمرية لقوله عليه الصلاة والسلام فانتبهوا وكل مسكر حرام ولما ثبت عنه عليه الصلاة والسلام أنه كان ينتبه وأنه كان يرتفع في اليوم الثاني والثالث واختلفوا من ذلك في مستثنين احدهما في الاواني التي ينتبه فيها والثانية في انتباه شيتين مثل البسر والربط والخمر والزبيب (فأما المسئلة الأولى) فانهم أجمعوا على جواز الانتباه في الأسقية واختلفوا فيما سواها فروى ابن القاسم عن مالك أنه كره الانتباه في الدباء

والمزفت ولم يكره غير ذلك وكره الثوري الانتباز في السباء والختم والنقير والمزفت وقال أبو حنيفة وأصحابه لأبأس بالانتباز في جميع الظروف والأواني وسبب اختلافهم اختلاف الآثار في هذا الباب وذلك أنه ورد من طريق ابن عباس النهي عن الانتباز في الأربع التي كرهها الثوري وهو حديث ثابت وروى مالك عن ابن عمر في الموطأ أن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن الانتباز في السباء والمزفت وجاء في حديث جابر عن النبي عليه الصلاة والسلام من طريق شريك عن سبائك أنه قال كنت نهيتكم أن تنبنوا في السباء والختم والنقير والمزفت فانتبنوا ولأحل مسكرا وحديث أبي سعيد الخدري الذي رواه مالك في الموطأ وهو أنه عليه الصلاة والسلام قال كنت نهيتكم عن الانتباز فانتبنوا وكل مسكر حرام فن رأى أن النهي المتقدم الذي نسخ إنما كان نهيا عن الانتباز في هذه الأواني إذ لم يعلم ههنا نهى متقدم غير ذلك قال يجوز الانتباز في كل شيء ومن قال إن النهي المتقدم الذي نسخ إنما كان نهيا عن الانتباز مطلقا قال بقي النهي عن الانتباز في هذه الأواني فمن اعتقد في ذلك حديث ابن عمر قال بالآيتين المذكورتين فيه ومن اعتقد في ذلك حديث ابن عباس قال بالأربعة لأنه يتضمن من يدا والمعارضته وبين حديث ابن عمر إنما هي من يابدليل الخطاب وفي كتاب مسلم النهي عن الانتباز في الختم وفيه أنه رخص لهم فيه إذا كان غير مزفت (وأما المسئلة الثانية) وهي انتباز الخليطين فإن الجمهور قالوا بتحريم خليطين من الأشياء التي من شأنها أن تقبل الانتباز وقال قوم بل الانتباز مكروه وقال قوم هو مباح وقال قوم كل خليطين فمباح حرام وإن لم يكونا مما يقبلان الانتباز فيما أحسب الآن والسبب في اختلافهم ترددهم في هل النهي الوارد في ذلك هو على الكراهة أو على الحظر وإذا قلنا أنه على الحظر فهل يدل على فساد المنهى عنه أم لا وذلك أنه ثبت عنه عليه الصلاة والسلام أنه نهى عن أن يخلط الخمر والزبيب والزهو والطب والسر والزبيب وفي بعضها أنه قال عليه الصلاة والسلام لا تنتبنوا الزهو والزبيب جميعا ولا الخمر والزبيب جميعا وانتبنوا كل واحد منهما على حدة فيخرج في ذلك بحسب التأويل الأقاويل الثلاثة قول بتحريمه وقول بتحليله مع الأثم في الانتباز وقول بكراهية ذلك وأما من قال أنه مباح فقلعه اعتقد في ذلك عموم الأثر بالانتباز في حديث أبي سعيد الخدري وأما من منع كل خليطين فأما أن يكون ذهب إلى أن علة المنع هو الاختلاط لا ما يحدث عن الاختلاط من الشدة في التئيد وأما أن يكون قد تمسك بعموم ما ورد أنه نهى عن الخليطين وأجوعوا على أن الخمر إذا تخلت من ذاتها جازأ كلها واختلفوا إذا قصد تحليلها على ثلاثة أقوال التحريم والكراهية والإباحة وسبب اختلافهم معارضة القياس للأثر واختلافهم في مفهوم الأثر وذلك أن أبا داود خرج من حديث أنس ابن مالك أن أبا طلحة سأل النبي عليه السلام عن أيتام ورواخر فقال أهرقها قال أفلا تجعلها خلا قال لا فمن فهم من المنع سد ذريعة حل ذلك على الكراهية ومن فهم النهي لغير علة قال بالتعريم ويخرج على هذا أن لا يحرم أيضا على مذهب من يرى أن النهي لا يعود بفساد المنهى والقياس المعارض لحل

اخلل على التحريم انه قد علم من ضرورة الشرع ان الأحكام المختلفة انما هي للنوات المختلفة وأن الخمر غير ذات اخلل والخل باجاع حلال فاذا انتقلت ذات الخمر الى ذات الخلل وجب أن يكون حلالا كيفما انتقل (الجملة الثانية في استعمال المحرمات في حال الاضطراب) والأصل في هذا الباب قوله تعالى (وقد فصل لكم ما حرم عليكم الا ما اضطررتم اليه) والنظر في هذا الباب في السبب المحلل وفي جنس الشيء المحلل وفي مقداره فأما السبب فهو ضرورة التغذى أعنى اذا لم يجد شيئا حلالا يتغذى به وهو لا خلاف فيه وأما السبب الثانى طلب البرء وهذا المختلف فيه فمن أجازته احتج باباحة النبي عليه الصلاة والسلام الحرير لعبد الرحمن بن عوف لمكان حكمته ومن منعه فلقوله عليه الصلاة والسلام ان الله لم يجعل شفاء أمتي فيما حرم عليها وأما جنس الشيء المستباح فهو كل شيء محرم مثل الميتة وغيرها والاختلاف في الخمر عندهم هو من قبل التداوى بها لا من قبل استعمالها في التغذى ولذلك أجازوا للعطشان أن يشربها ان كان منها رى وللشرق أن يزيل شرقه بها وأما مقدار ما يؤكل من الميتة وغيرها فان مالكا قال حدد ذلك الشبع والتزود منها حتى يجد غيرها وقال الشافعى وأبو حنيفة لا يأكل منها الا ما يمسك الرمي وبه قال بعض أصحاب مالك وسبب الاختلاف هل المباح له في حال الاضطراب هو جميعها أم ما يمسك الرمي فقط والظاهر انه جميعها لقوله تعالى (فمن اضطر غير باغ ولا عاد) واتفق مالك والشافعى على انه لا يحل للضرر كل الميتة اذا كان عاصيا بسفره لقوله تعالى (غير باغ ولا عاد) وذهب غيره الى جواز ذلك انتهى كتاب الأطعمة والأشربة

﴿تم الجزء الأول من كتاب بداية المجتهد ويليهِ الجزء الثانى وأوله كتاب النكاح﴾

— فهرست الجزء الثاني —
من بداية المجتهد ونهاية المقتصد للإمام ابن رشد

مصحفة	مصحفة
المسئلة الثالثة في حكم غيبة الأب عن ابنته البكر	٢ (كتاب النكاح وفيه خمسة أبواب)
١٠ الموضع الرابع في عضل الاولياء	الباب الأول في مقدمات النكاح وفيه أربع مسائل
١١ الفصل الثاني في الشهادة	المسئلة الاولى في حكم النكاح
الفصل الثالث في الصداق وفيه مواضع	المسئلة الثانية في خطبة النكاح
الموضع الأول في حكمه وأركانه وفيه أربع مسائل	المسئلة الثالثة في حكم الخطبة على الخطبة
المسئلة الاولى في حكمه	٣ المسئلة الرابعة في حكم النظر الى المخطوبة
المسئلة الثانية في قدره	الباب الثاني في موجبات صحة النكاح وينقسم الى ثلاثة أركان
١٣ المسئلة الثالثة في جنسه	الركن الأول في الكيفية والنظر فيه في مواضع
١٤ الموضع الثاني في تقرر جيعه للزوجة	الموضع الأول الاذن في النكاح
١٥ الموضع الثالث في تشطيره	الموضع الثاني فيمن المعتبر قبوله في صحة العقد
١٦ الموضع الرابع في التفويض وفيه مسثلتان	٥ الموضع الثالث هل يجوز عقد النكاح على اختيار أم لا
المسئلة الاولى فيما اذا طلبت المرأة ان يفرض لها الصداق	الركن الثاني في شروط العقد وفيه فصول
١٧ المسئلة الثانية فيما اذا مات الزوج قبل تسمية الصداق	٦ الفصل الأول في الاولياء والنظر فيه في أربع مواضع
الموضع الخامس في الاصدقة الفاسدة وفيه خمس مسائل	الموضع الأول في ان الولاية هل هي شرط في صحة النكاح أم لا
المسئلة الاولى فيما اذا كان الصداق خرا الخ	٨ الموضع الثاني في الصفات الموجبة للولاية والسالبة لها
المسئلة الثانية فيما اذا اقترن بالمهر بيع	الموضع الثالث في أصناف الولاية عند القائلين بها
المسئلة الثالثة فيما اذا اشترط في الصداق حباء الأب	٩ مطلب في سبب اختلافهم في الجد وفيه مسائل
١٨ المسئلة الرابعة في الصداق يستحق أو يوجد به عيب	المسئلة الاولى في حكم الابعاد مع الاقرب
المسئلة الخامسة في الرجل يشترط على نفسه في الصداق	المسئلة الثانية في غياب الولي الاقرب
الموضع السادس في اختلاف الزوجين في الصداق	

صحيفة	صحيفة
٢٠ الركن الثالث في معرفة محل العقد وفيه أربعة عشر فصلا	الفصل السادس في مانع الجمع
الفصل الأول في مانع النسب	٢٦ الفصل السابع في مانع الرق
الفصل الثاني في مانع المصاهرة وفيه أربع مسائل	٢٧ الفصل الثامن في مانع الكفر
المسئلة الاولى في بنت الزوجة	٢٨ الفصل التاسع في مانع الاحرام
٢١ المسئلة الثانية فيما تحرم به بنت الزوجة	الفصل العاشر في مانع المرض
المسئلة الثالثة في حكم الام المعقود على بنتها	٢٩ الفصل الحادي عشر في مانع العدة
المسئلة الرابعة في ان هل الزنا موجب للتحريم كالوطء في نكاح أم لا	الفصل الثاني عشر في مانع الزوجية وفيه مستثانان
الفصل الثالث في مانع الرضاع وفيه تسعة مسائل	٣٠ المسئلة الاولى فيما اذا أسلم الكافر وعنده أكثر من أربع نسوة أو أختان
٢٢ المسئلة الاولى في المقدار المحرم من اللبن	المسئلة الثانية فيما اذا أسلم أحدهما قبل الآخر
المسئلة الثانية في رضاع الكبير	الباب الثالث في موجبات الخيار في النكاح وفيه أربعة فصول
٢٣ المسئلة الثالثة في المولود يقطع قبل الحولين ثم أرضعته امرأة	٣١ الفصل الأول في خيار العيوب
المسئلة الرابعة في حكم ما يصل الى الخلق من غير رضاع	الفصل الثاني في خيار الاعسار بالصداق والنفقة
المسئلة الخامسة في اللبن المحرم اذا استهلك في ماء أو غيره	٣٢ الفصل الثالث في خيار الفقد
المسئلة السادسة هل يعتبر في ذلك الوصول الى الخلق أم لا	الفصل الرابع في خيار العتق
المسئلة السابعة هل يصبر الرجل الذي له اللبن أ بالرضع حتى يحرم به ما يحرم من النسب أم لا	٣٣ الباب الرابع في حقوق الزوجية
٢٤ المسئلة الثامنة في الشهادة على الرضاع	٣٥ الباب الخامس في الانكحة المنهى عنها بالشرع والانكحة الفاسدة وحكمهما
المسئلة التاسعة في صفة الرضاع	مطلب الانكحة المنهى عنها أربعة
الفصل الرابع في مانع الزنا	الأول منها نكاح الشغار
٢٥ الفصل الخامس في مانع العدد	الثاني نكاح المتعة
	الثالث نكاح الخطبة على الخطبة
	٣٦ الرابع نكاح المحلل
	مطلب في الانكحة الفاسدة بمفهوم الشرع

محيقة

- مطلب في حكم الانكحة الفاسدة اذا وقعت
- ٣٧ (كتاب الطلاق) ويحصر في أربع جهل
الجله الاولى في أنواع الطلاق وفيه خمسة أبواب
- الباب الأول في ان الطلاق بائن ووجعي وفيه ثلاث مسائل
- المسئلة الاولى في حكم الطلاق بلفظ الثلاث
- ٣٨ المسئلة الثانية في اعتبار نقص عدد الطلاق البائن بالرق
- المسئلة الثالثة في كون الرق مؤثرا في نقصان عدد الطلاق
- الباب الثاني في معرفة الطلاق السني من البدعي وفيه ثلاث مواضع
- ٣٩ الموضع الأول هل من شرطه ان لا يتبعها طلاقا في العدة
- الموضع الثاني هل المطلق بلفظ الثلاث مطلق للسنة أم لا
- الموضع الثالث في حكم من طلق وقت الحيض وفي هذا الموضع أربع مسائل
- المسئلة الاولى هل يقع هذا الطلاق أم لا
- ٤٠ المسئلة الثانية ان وقع فهل يجبر على الرجعة أم يؤمر فقط
- المسئلة الثالثة متى يقع الطلاق بعد الاجبار أو التنب
- المسئلة الرابعة متى يقع الاجبار
- الباب الثالث في الخلع وفيه أربعة فصول
- الفصل الأول في جواز وقوعه
- ٤١ الفصل الثاني في شروط جواز وقوعه وفيه

محيقة

- أربع مسائل
- المسئلة الاولى في مقدار ما يجوز ان يتخلع به
- المسئلة الثانية في صفة العوض
- المسئلة الثالثة فيما يرجع الى الحال التي يجوز فيها الخلع من التي لا يجوز
- المسئلة الرابعة فيمن يجوز له الخلع ومن لا يجوز له
- ٤٢ الفصل الثالث في نوع الخلع أعني هل هو طلاق أو فسخ
- الفصل الرابع فيما يلحق الخلع من الاحكام
- ٤٣ الباب الرابع في تمييز الطلاق من الخلع
- الباب الخامس في التخيير والتقليك
- ٤٤ الجلله الثانية في أركان الطلاق وفي هذه الجلله ثلاث أبواب
- الباب الأول في ألفاظ الطلاق وشروطه وفيه فصلان
- الفصل الأول في أنواع ألفاظ الطلاق المطلقة
- ٤٥ مطلب فأما اختلافهم في أحكام صريح ألفاظ الطلاق ففيه مسثلتان
- المسئلة الاولى ما اتفق مالك والشافعي وأبو حنيفة عليها
- المسئلة الثانية ما اختلفوا فيه وحكاية اختلافهم
- ٤٦ الفصل الثاني في أنواع ألفاظ الطلاق المقيدة
- ٤٩ الباب الثاني في تفصيل من يجوز طلاقه ممن لا يجوز
- ٥٠ الباب الثالث فيمن يتعلق به الطلاق من النساء ومن لا يتعلق

مصحفة	مصحفة
المسئلة السادسة هل يطلق القاضي اذا أبى	٥١ الجلة الثالثة فى الرجعة بعد الطلاق وفى هذه
النفى أو الطلاق أو يحبس حتى يطلق	الجلة بابان
٦٢ المسئلة السابعة هل يتكرر الايلاء اذا طلقها ثم راجعها	الباب الأول فى أحكام الرجعة فى الطلاق
المسئلة الثامنة هل تلزم الزوجة المولى منها	الرجعى
عدة أو ليس تلزمها	٥٢ الباب الثانى فى أحكام الارتجاع فى الطلاق
المسئلة التاسعة وأما ايلاء العبد	الباش
المسئلة العاشرة هل من شرط رجعة المولى	٥٣ الجلة الرابعة فى أحكام المطلقات وفيها بابان
أن يطأ فى العدة أم لا	الباب الأول فى العدة وفيه فصولان
٦٣ كتاب الظهار وفيه سبعة فصول	الفصل الأول فى عدة الزوجات وينقسم الى
الفصل الأول فى لفظ الظهار	نوعين
الفصل الثانى فى شروط وجوب الكفارة	النوع الأول فى معرفة العدة
٦٥ الفصل الثالث فىمن يصح فيه الظهار	٥٦ مطلب وأما الزوجات غير الحرائر (١)
٦٦ الفصل الرابع فىما يحرم على المظاهر	٥٧ النوع الثانى فى معرفة أحكام العبد
الفصل الخامس هل يتكرر الظهار بتكرار	٥٨ مطلب فى الكلام على عدة الموت
النكاح	مطلب فى الحامل يتوفى عنها زوجها
الفصل السادس هل يدخل الايلاء عليه	٥٩ الباب الثانى فى المتعة
٦٧ الفصل السابع فى أحكام كفارة الظهار	باب فى بحث الحكمين
٦٩ كتاب اللعان ويشغل على خمسة فصول	٦٠ (كتاب الايلاء وفيه عشرة مسائل)
٧٠ الفصل الأول فى أنواع الدعاوى الموجبة له	المسئلة الاولى فى اختلافهم هل تطلق المرأة
وشروطها	بانتضاء الأربعة أشهر المضروبة بالنص
٧١ الفصل الثانى فى صفات المتلاعنين	للمولى أم لا
٧٣ الفصل الثالث فى صفة اللعان	٦١ المسئلة الثانية فى اليمين التى يكون بها الايلاء
الفصل الرابع فى حكم نكول أحدهما	المسئلة الثالثة فى حقوق حكم الايلاء للزوج
أو رجوعه	اذا ترك الوطء
٧٣ الفصل الخامس فى الأحكام اللازمة لتنام	المسئلة الرابعة فى مدة الايلاء
اللعان	المسئلة الخامسة فى الطلاق الذى يقع بالايلاء
٧٤ (كتاب الاحداد)	(١) هذا المطلب هو الفصل الثانى فى عدة
	ملك اليمين الذى جعله المؤلف أحد فصول
	الباب الأول من الجلة الرابعة

صحيفة

٧٥ (كتاب البيوع ونقسم الى ستة أجزاء)
الجزء الأول في تعريف أنواع البيوع

المطلقة

الجزء الثاني في تعريف أسباب الفساد
العامة في البيوع المطلقة وفيه أبواب

٧٦ الباب الأول في الأعيان المحرمة البيع

وأما ما حرم بيعه وليس بنجس

٧٧ الباب الثاني في بيع الربا وينحصر

في أربعة فصول

الفصل الأول في معرفة الأشياء التي لا يجوز
فيها المفاضل ولا النساء

٨٠ الفصل الثاني في معرفة الأشياء التي يجوز

فيها التفاضل ولا يجوز فيها النساء

الفصل الثالث في معرفة ما يجوز فيه
الأمران جميعا

٨١ الفصل الرابع في معرفة ما يعد صنفًا واحدًا

بما لا يعد صنفًا واحدًا

٨٢ مسألة واختلفوا من هذا الباب في الصنف

الواحد من اللحم

مسألة واختلفوا من هذا الباب في بيع

الحيوان بالبيت

٨٣ مسألة ومن هذا الباب اختلافهم في بيع

الدقيق بالحنطة مثلاً بمثل

٨٤ فصل وأما اختلافهم في بيع الربوي الرطب

بجذسه من اليابس الخ

٨٥ باب في بيع الترائع الربوية

مسألة في بيع الشيء بثمن ثم تشتريه بأكثر منه

٨٧ مطلب في بيع الطعام قبل قبضه وفيه ثلاثة

فصول

صحيفة

الفصل الأول في ما يشترط فيه القبض من

المبيعات

٨٨ الفصل الثاني في المبيعات التي يشترط في

بيعها القبض من التي لا يشترط

الفصل الثالث في الفرق بين ما يباع من

الطعام مكيلاً وجزأً

٨٩ الباب الثالث في البيوع المنهى عنها من

قبل الغبن الذي سببه الغرر

٩٤ فصل وأما المسائل المسكوت عنها في هذا

الباب المختلف فيها ففيها مسائل

٩٦ الباب الرابع في بيع الشروط والنسب

١٠٠ الباب الخامس في البيوع المنهى عنها

من أجل الضرر والغبن

فصل وأما نهيه صلى الله عليه وسلم عن

تلقى الركان للبيع الخ

١٠١ فصل وأما نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع

الحاضر للبائى

فصل وأما نهيه عليه الصلاة والسلام عن

التجش الخ

١٠٢ الباب السادس في النهى من قبل وقت

العبادات

١٠٣ القسم الثاني في الأسباب والشروط

المصححة للبيع وفيه ثلاثة أبواب

الباب الأول في العقد وفيه أركان

١٠٤ الركن الأول في صيغ العقد

الركن الثاني في العقود عليه

الركن الثالث في العاقدین

١٠٥ القسم الثالث القول في الأحكام العامة

للبيوع الصحيحة وفيه أربع جمل

- الجلسة الأولى في أحكام وجود العيب
في المبيعات وفيها بابان
الباب الأول في أحكام العيوب في البيع
المطلق وفيه خمسة فصول
الفصل الأول في معرفة العقود التي يجب
فيها حكم بوجود العيب من التي لا يجب
ذلك فيها
- الفصل الثاني في معرفة العيوب التي
توجب الحكم وما شرطها الموجب
للحكم فيها وفي هذا الفصل نظران
النظر الأول في العيوب التي توجب
الحكم
- ١٠٦ النظر الثاني في الشرط الموجبه
١٠٧ الفصل الثالث في معرفة حكم العيب
الموجب اذا كان المبيع لم يتغير
١٠٨ فصل واذا قد قلنا ان المشتري الخ
مطلب وأما المسئلة الثانية في رجلين
يبتاعان شيأ واحدا الخ
١٠٩ الفصل الرابع في معرفة أصناف
التغيرات الحادثة عند المشتري وحكمها
باب في طروء النقصان
١١٠ الفصل الخامس في القضاء في هذا الحكم
عند اختلاف المتبايعين
الباب الثاني في بيع البراءة
١١٣ القول في الجوائح وينحصر في أربعة
فصول
الفصل الأول في معرفة الأسباب الفاعلة
للجوائح
١١٤ الفصل الثاني في محل الجوائح من المبيعات
- الفصل الثالث في مقدار ما يوضع منه فيه
الفصل الرابع في الوقت الذي يوضع فيه
١١٥ الجلسة الثالثة في تابعات المبيعات وفيه
مستلثان
المسئلة الأولى في بيع النخل وفيها الثمر
المسئلة الثانية في بيع مال العبد
١١٦ الجلسة الرابعة في اختلاف المتبايعين
١١٧ القسم الرابع من النظر المشترك
في البيوع النظر في حكم البيع الفاسد
اذا وقع
١١٨ (كتاب الصرف وفيه مسائل)
المسئلة الأولى في بيع الذهب بالذهب
وحكمه
١١٩ المسئلة الثانية في السيف والمصحف المحلى
بياع بالفضة
المسئلة الثالثة في شرط الصرف
١٢٠ المسئلة الرابعة فيمن اصطف دراهم
بدنانير الخ
المسئلة الخامسة أجمع العلماء على أن
المراطة جائزة في الذهب الخ
١٢١ المسئلة السادسة في الرجلين يكون
لاحدهما على الآخر دنائير ولا شر عليه
دراهم
١٢٢ المسئلة السابعة في البيع والصرف
في منهب مالك
(كتاب السلم وفيه ثلاثة أبواب)
الباب الأول في محله وشرطه
مطلب وأما شرطه فنها يجمع عليها ومنها
مختلف فيها

مصحفة	مصحفة
١٣٣ (كتاب الاجارات ويقسم الى قسمين)	١٢٤ الباب الثاني فيما يجوز من المسلم بدل
القسم الاول في أنواعها وشروط الصحة	ما انعقد عليه السلم وفيه مسائل
والفساد	مسئلة فيمن أسلم في شيء من الثمر وتعذر
١٣٥ مطلب وأما الجارة المؤذن الخ	تسلجه
١٣٨ القسم الثاني في معرفة أحكام الاجارات	مسئلة في مبيع المسلم فيه اذا حان الاجل
وينحصر في جلتين	من المسلم اليه
الجلسة الاولى في موجبات هذا العقد	١٢٥ مسئلة في الشراء برأس مال السلم من
ولو ازمه من غير حدوث طارئ عليه	المسلم اليه الخ
١٣٩ الجلسة الثانية في أحكام الطوارئ وفيها	مسئلة فيما اذا ندم المبتاع في السلم فطلب
ثلاثة فصول	الاقالة
الفصل الاول منه وهو النظر في الفسوخ	مسئلة فيما اذا كان لرجل على رجل دراهم
١٤٠ الفصل الثاني وهو النظر في الضمان	الى أجل الخ
١٤١ الفصل الثالث وهو النظر في الاختلاف	١٢٦ مسئلة فيمن أسلم الى آخر أو باع منه طعاما
١٤٢ (كتاب الجعل)	على مكيلة ما الخ
١٤٣ (كتاب القراض وفيه ثلاثة أبواب)	الباب الثالث في اختلاف المتبايعين
الباب الاول في محله	في السلم
١٤٤ الباب الثاني في مسائل الشروط	(كتاب بيع الخيار والنظر في أصول هذا
١٤٥ القول في أحكام القراض	الباب فيه مسائل)
١٤٦ القول في أحكام الطوارئ	١٢٨ مطلب وأما المسئلة الخامسة هل يورث
١٤٧ القول في أحكام القراض الفاسد	خيار المبيع أم لا
القول في اختلاف المتقارضين	مطلب وأما المسئلة السادسة فيمن يصح
١٤٨ (كتاب المساقاة)	خياره
القول في جواز المساقاة	١٢٩ (كتاب بيع المراجعة وفيه بابان)
القول في صحة المساقاة وفيه أربعة	الباب الاول فيما يعد من رأس المال عما
أركان	لا يعد وفي صفه رأس المال الذي يجوز أن
١٤٩ الركن الاول في محل المساقاة	ينفي عليه الرجوع
الركن الثاني في العمل	١٣٠ الباب الثاني في حكم ما وقع من الزيادة
١٥٠ الركن الثالث في صفة العمل الذي تنعقد	أو النقصان في خبر البائع بالثمن
عليه	١٣١ (كتاب بيع العرية)

صفحة	مقابلة
١٥١	الركن الرابع في المدة التي يجوز فيها وتنقضي عليها
	القول في أحكام الصحة في المساقاة
١٥٢	أحكام المساقاة الفاسدة (كتاب الشركة)
	القول في شركة العنان وفيه ثلاثة أركان
	الركن الأول في محلها من الأموال وفيه ثلاث مسائل
	المسئلة الأولى فيما إذا اشتركا في صنفين من العروض
١٥٣	المسئلة الثانية فيما إذا كان الصنفان مما لا يجوز فيهما النساء
	المسئلة الثالثة في الشركة بالطعام من صنف واحد
	الركن الثاني في معرفة الربح من قدر المال المشترك فيه
	الركن الثالث في معرفة قدر العمل من الشريكين من قدر المال
١٥٤	القول في شركة المفاوضة
	القول في شركة الإبدان
	القول في شركة الوجوه
١٥٥	القول في أحكام الشركة الصحيحة (كتاب الشفعة وفيه قسمان)
	القسم الأول في تصحيح هذا الحكم وفي أركانه
	الركن الأول في الشافع
١٥٦	الركن الثاني في المشفوع عليه
	الركن الثالث في المشفوع فيه
١٥٧	الركن الرابع في الأخذ بالشفعة وفيه
مسائل	
	المسئلة الأولى في كيفية توزيع المشفوع فيه
١٥٨	المسئلة الثانية في الأثر في الذين هم عصبة في الشفعة
١٥٩	القسم الثاني في أحكام الشفعة
١٦٠	(كتاب القسمة والنظر فيها وفيه أبواب)
	الباب الأول في أنواع القسمة
	القسم الأول من هذا الباب في قسمة رقاب الأموال
	القسم الثاني وأما الرقاب فتقسم إلى ثلاثة أقسام
١٦١	الفصل الأول في الرباع والأصول
١٦٢	الفصل الثاني في العروض
	الفصل الثالث في المكيل والموزون
١٦٣	القول في القسم الثاني وهو قسمة المنافع
	القول في الأحكام والقسمة من العقود اللازمة
١٦٤	(كتاب الرهن)
	الركن الأول في الرهن
١٦٥	الركن الثاني في الرهن
	الركن الثالث في المرهون فيه
١٦٦	القول في الشروط
	القول في الأحكام
١٦٧	مطلب ومن مسائل هذا الباب اختلافهم في تمام الرهن المنفصل
١٦٩	(كتاب الحجر وفيه ثلاثة أبواب)
	الباب الأول في أصناف المحجورين
	الباب الثاني متى يخرجون من الحجر ومتى يحجر عليهم

صحيفة	صحيفة
١٩٧ (كتاب الهبات)	١٧٠ الباب الثالث في معرفة أحكام أفعالهم
١٩٩ القول في أنواع الهبات	في الرد والاجازة
٢٠٠ القول في أحكام الهبات	١٧١ (كتاب التفليس)
٢٠١ (كتاب الوصايا والنظر فيها ينقسم الى قسمين)	١٧٧ (كتاب الصلح)
القسم الاول النظر في الاركان	١٧٨ (كتاب الكفالة)
الركن الاول الموصى	١٨٠ (كتاب الحوالة)
٢٠٢ القول في الموصى به	١٨٢ (كتاب الوكالة وفيها ثلاثة أبواب)
٢٠٣ القول في المعنى الذى يدل عليه لفظ الوصية	الباب الاول في أركانها
القول في الاحكام وهو القسم الثانى	الركن الاول في الموكل
٢٠٤ (كتاب الفرائض)	الركن الثانى في الوكيل وشروطه
٢٠٥ مطلب في ميراث الصلب	الركن الثالث فيها فيه التوكيل
٢٠٦ مطلب في ميراث الزوجات	الركن الرابع في معنى الوكالة
مطلب في ميراث الاب والام	الباب الثانى في أحكام الوكالة
٢٠٧ مطلب في ميراث الاخوة للام	١٨٣ الباب الثالث في مخالفة الموكل للوكيل
٢٠٨ مطلب في ميراث الاخوة للاب والام	١٨٤ (كتاب اللقطة والنظر فيه في جلتين)
أوللاب	الجله الاولى في أركانها
٢٠٩ مطلب في ميراث الجد	الجله الثانية في أحكامها
٢١١ مطلب في ميراث الجدات	١٨٧ باب في اللقيط والنظر في أحكام الالتقاط
٢١٢ باب في الحجب	والملتقط
٢١٨ باب في الولاء وفيه مسائل مشهورة	(كتاب الوديعة)
المسئله الاولى في ان من أعتق عبده عن نفسه فان ولاءه له	١٨٩ (كتاب العارية)
المسئله الثانية فمن أسلم على يديه رجل هل يكون ولاؤه أولا	١٩٠ (كتاب الغصب وفيه بابان)
٢١٩ المسئله الثالثة فيما اذا قل السيد لعبده أنت سائبة	الاولى في الضمان وفيه ثلاثة أركان
المسئله الرابعة في العبد المسلم اذا أعتقه النصراني	١٩١ الركن الاول في بيان الموجب للضمان
	الركن الثانى فيما يجب فيه الضمان
	الركن الثالث في الواجب في الغصب
	والواجب على الغاصب
	الباب الثانى في الطوارئ على المقتصوب
	١٩٦ (كتاب الاستعناق وأحكامه)

صحيفة	صحيفة
الجنس الخامس في أحكام تبويض التدبير	المسئلة الخامسة في ان النساء ليس هن
(كتاب أمهات الاولاد وفيه مسائل) ٢٣٧	مدخل في وراثته الولاء الامن باشرن عتقه
(كتاب الجنائيات) ٢٣٨	بانفسهن
(كتاب القصاص وينقسم الى قسمين)	٢٢٠ مطلب في ترتيب أهل الولاء في الولاء
القسم الاول القصاص في النفوس	(كتاب العتق) ٢٢١
القول في شروط القتاتل ٢٣٩	(كتاب الكآبة) ٢٢٦
القول في الموجب ٢٤٢	القول في مسائل العقد
القول في القصاص ٢٤٤	القول في المكاتب وفيه خمسة أجناس
(كتاب الجراح)	٢٢٨ الجنس الاول متى يخرج المكاتب من الرق
القول في الجراح	الجنس الثاني متى يرق المكاتب
القول في الجروح ٢٤٥	الجنس الثالث في حكم المكاتب اذامات
القول في الجرح	قبل أن يؤدى الكآبة
٢٤٦ مطلب متى يستقادم الجرح	٢٣٩ الجنس الرابع فحين يدخل معه في عقد
(كتاب الديات في النفوس)	الكآبة ومن لا يدخل
٢٥٠ مطلب وما يدخل في هذا الباب دية	الجنس الخامس فيما يحجر فيه على
الجنين	المكاتب مما لا يحجر
(كتاب الديات فيما دون النفس) ٢٥٢	٢٣٣ مطلب في شروط الكآبة
القول في ديات الأعضاء ٢٥٤	(كتاب التدبير والكلام على أركانه
(كتاب القسامة وفيه مسائل) ٢٥٧	وأحكامه)
٢٥٨ المسئلة الاولى في وجوب الحكم بها على	الركن الاول في أركانه
الجله	٢٣٥ وأما أحكامه فاصولها راجعة الى خمسة
المسئلة الثانية في اختلاف العلماء بالقسامة	أجناس
فيما يجب بها	الجنس الاول بماذا يخرج المبر
٢٥٩ المسئلة الثالثة في اختلافهم فحين يبدأ	الجنس الثاني ما يبقى فيه من أحكام الرق
بالايمان الخمسين	مما ليس يبقى فيه
٢٦٠ المسئلة الرابعة في موجب القسامة عند	الجنس الثالث مما يتبعه في الحرية مما ليس
القاتلين بها	يتبعه
(كتاب في أحكام في الزنا) ٢٦١	الجنس الرابع في مبطلات التدبير الطارة
الباب الاول في تعريف الزنا	عليه

مصحفة

مصحفة

٢٦٢	الباب الثاني في أصناف الزناة	وهي التوبة
٢٦٤	الباب الثالث في العقوبات لكل صنف	٢٧٦ الباب الخامس بماذا اثبتت هذه الجناية
٢٦٥	صنف منهم وفيما يثبت به الزنا	فصل في حكم المحاربين على التأويل
	(كتاب القذف)	باب في حكم المرتد
٢٦٧	باب في شرب الخمر والكلام على هذه	٢٧٧ (كتاب الاقضية وفيه ستة أبواب)
	الجناية	الباب الاول في معرفة من يجوز قضاؤه
٢٦٨	فصل واما بماذا اثبت هذا الحد الخ	٢٧٨ الباب الثاني في معرفة ما يقضى به
	(كتاب السرقة)	الباب الثالث في معرفة ما يقضى فيه
٢٧١	فصل وأما جنس المسروق فان العلماء	وفيه فصول
	الخ	الفصل الاول في الشهادة
٢٧٢	القول في الواجب في هذه الجناية	٢٨١ الفصل الثاني في الإيمان
٢٧٤	القول فيما تثبت به السرقة	٢٨٢ الفصل الثالث في النكول
	(كتاب الحرابة وفيه أبواب)	٢٨٤ الفصل الرابع في الاقرار
	الباب الاول النظر في الحرابة	الباب الرابع في معرفة من يقضى عليه
	الباب الثاني النظر في المحارب	أوله
	الباب الثالث فيما يجب على المحارب	الباب الخامس في كيفية القضاء
٢٧٥	الباب الرابع في مسقط الواجب عليه	٢٨٦ الباب السادس في وقت القضاء

الجزء الثاني

من كتاب بداية المجتهد ونهاية المقتصد للشيخ الامام
الحافظ الناقد البحر الزاخر أبي الوليد محمد بن أحمد بن
الامام الشير حاصل لواء المذهب وحذامه أبي الوليد
محمد بن أحمد بن رشد القرطبي رحم الله الجميع بمنه وكرمه آمين

طبع هذه النسخة مقابلة على عدة نسخ من أهمها النسخة
التي طبعت بمدينة فاس العليا سنة ١٣٣٧ هجرية على نفقة
مولانا السلطان (السيد عبد الحفيظ) سلطان المغرب الأقصى
حفظه الله

(طبع بمطبعة شركة)

دار الكتب العلمية

على نفقة أصحابها

(مصطفى الباق الحلي وأخويه بكرى وعيسى)

(بمصر)

كِتَابُ أَنْزَلْنَاهُ إِلَيْكَ مُبَارَكٌ لِيَذَّبَ بَرَاءَاتِهِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ كِتَابُ النِّكَاحِ ﴾

وأصول هذا الكتاب تنحصر في خمسة أبواب الباب الأول في مقدمات النكاح الباب الثاني في موجبات صحة النكاح الباب الثالث في موجبات الخيار في النكاح الباب الرابع في حقوق الزوجية الباب الخامس في الانكحة المنهية عنها والفاسدة

﴿ الباب الأول ﴾

وفي هذا الباب أربع مسائل في حكم النكاح: وفي حكم خطبة النكاح وفي الخطبة على الخطبة وفي النظر إلى المخطوبة قبل التزويج فأما حكم النكاح فقال قوم هو مندوب إليه وهم الجمهور وقال أهل الظاهر هو واجب وقالت المتأخرة من المالكية هو في حق بعض الناس واجب وفي حق بعضهم مندوب إليه وفي حق بعضهم مباح وذلك عندهم بحسب ما يخاف على نفسه من العنت وسبب اختلافهم هل يحمل صيغة الأمر به في قوله تعالى (فانكحوا ما طاب لكم من النساء) وفي قوله عليه الصلاة والسلام تناكحوا فاني مكاتركم بالام ومما شبه ذلك من الاخبار الواردة في ذلك على الوجوب أم على التنبه أم على الإباحة فأما من قال انه في حق بعض الناس واجب وفي حق بعضهم مندوب إليه وفي حق بعضهم مباح فهو التفات إلى المصلحة وهذا النوع من القياس هو الذي يسمى المرسل وهو الذي ليس له أصل معين يستند إليه وقد أنكره كثير من العلماء والظاهر من مذهب مالك القول به (وأما خطبة النكاح) المروية عن النبي صلى الله عليه وسلم فقال الجمهور انها ليست واجبة وقال داود هي واجبة وسبب الخلاف هل يحمل فعله في ذلك عليه الصلاة والسلام على الوجوب أو على التنبه فأما الخطبة على الخطبة فان النهي في ذلك ثابت عن النبي عليه الصلاة والسلام واختلفوا هل يدل ذلك على فساد المنهية عنه أو لا يدل وإن كان يدل ففي أي حالة يدل فقال داود يفسخ وقال الشافعي وأبو حنيفة لا يفسخ وعن مالك القولان جميعا وثالث وهو أنه يفسخ قبل الدخول ولا يفسخ بعده وقال ابن القاسم إنما معنى النهي إذا خطب رجل

صالح على خطبة رجل صالح وأما إن كان الأول غير صالح والثاني صالح جاز وأما الوقت عند الأكثر فهو إذا ركن بعضهم إلى بعض لأى أول الخطبة بدليل حديث فاطمة بنت قيس حيث جاءت إلى النبي صلى الله عليه وسلم فذكرته أن أباجهم بن حذيفة ومعاوية بن أنى سفيان خطبها فقال أما بوجههم فرجل لا يرفع عصاه عن النساء وأما معاوية فصعلوك لا مال له ولكن انكحى أسامة وأما النظر إلى المرأة عند الخطبة فأجاز ذلك مالك إلى الوجه والكفين فقط وأجاز ذلك غيره إلى جميع البدن عدا السواثن ومنع ذلك قوم على الإطلاق وأجاز أبو حنيفة النظر إلى القدمين مع الوجه والكفين والسبب في اختلافهم أنه ورد الأمر بالنظر اليهن مطلقا وورد بالمنع مطلقا وورد مقيدا أعنى بالوجه والكفين على ما قاله كثير من العلماء في قوله تعالى (ولا يبدن زينتهن إلا ما ظهر منها) أنه الوجه والكفان وقياسا على جواز كشفهما في الحج عند الأكثر ومن منع تمسك بالأصل وهو تحرر النظر إلى النساء

باب الثاني في موجبات صحة النكاح

وهذا الباب ينقسم إلى ثلاثة أركان الركن الأول في معرفة كيفية هذا العقد الركن الثاني في معرفة محل هذا العقد الثالث في معرفة شروط هذا العقد (الركن الأول) في الكيفية والنظر في هذا الركن في مواضع في كيفية الاذن المتعقده ومن المعتبر رضاه في لزوم هذا العقد وهل يجوز عقده على الخيار أم لا يجوز وهل إن تراخى القبول من أحد المتعاقدين لزوم ذلك العقد أم من شرط ذلك الفور

(الموضع الأول) الاذن في النكاح على ضرر بين فهو واقع في حق الرجال والنيب من النساء بالألفاظ وهو في حق الأبكار المستأذنت واقع بالسكوت أعنى الرضا وأما الرد في اللفظ ولا خلاف في هذه الجملة إلا ما حكى عن أصحاب الشافعي أن اذن البكر إذا كان المنكح غير أب ولا جد باللفظ وانما صار الجمهور إلما أن اذنها بالصمت الثابت من قوله عليه الصلاة والسلام الإيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأمر في نفسها واذنها صحتها وانفقوا على أن انعقاد النكاح بلفظ النكاح ممن اذنه اللفظ وكذلك بلفظ التزويج واختلّفوا في انعقاده بلفظ الهبة أو بلفظ البيع أو بلفظ الصدقة فأجازه قوم وبه قال مالك وأبو حنيفة وقال الشافعي لا ينعقد إلا بلفظ النكاح أو التزويج وسبب اختلافهم هل هو عقد يعتبر فيه مع النية اللفظ الخاص به أم ليس من صحته اعتبار اللفظ فمن ألحقه بالعقود التي يعتبر فيها الأمران قال لا نكاح منعقد إلا بلفظ النكاح أو التزويج ومن قال إن اللفظ ليس من شرطه اعتبارا بما ليس من شرطه اللفظ أجاز النكاح بأى لفظ اتفق إذا فهم المعنى الشرعى من ذلك أعنى أنه إذا كان بينه وبين المعنى الشرعى مشاركة

(الموضع الثاني) وأما من يعتبر بقوله في صحته هذا العقد فإنه يوجد في الشرع على ضرر بين أحدهما يعتبر فيرضى المتناكحان أنفسهما أعنى الزوج والزوجة أمام الولي وأما دونه على منعه من لا يشترط الولي في رضا المرأة المألكة أمر نفسها والثاني يعتبر فيه رضا الأولياء فقط وفي كل واحد من هذين الضررين مسائل اتفقوا عليها ومسائل اختلفوا فيها ونحن نذكر منها قواعدها وأصولها فنقول أما الرجال البالغون الأحرار المألكون لأنفسهم فأنهم اتفقوا على اشتراط رضاهم وقبولهم في صحة النكاح واختلفوا هل يجبر العبد على النكاح سيده والوصى محجوره البالغ أم ليس يجبره فقال مالك يجبر السيد عبده على النكاح وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي لا يجبره والسبب في اختلافهم هل النكاح من حقوق

السيد أم ليس من حقوقه وكذلك اختلفوا في جبر الوصي محجوره والخلاف في ذلك موجود في المذهب وسبب اختلافهم هل النكاح مصلحة من مصالح المنظوره أم ليس بمصلحة وانما طريقه الملاذ وعلى القول بان النكاح واجب ينبغي أن لا يتوقف في ذلك وأما النساء اللاتي يعتبر رضاهن في النكاح فاتفقوا على اعتبار رضا الثيب البالغ لقوله عليه الصلاة والسلام والثيب تعرب عن نفسها الاما حكى عن الحسن البصري واختلفوا في البكر البالغ وفي الثيب الغير البالغ مالم يكن ظهر منها الفساد فأما البكر البالغ فقال مالك والشافعي وابن أبي ليلى للاب فقط ان يجبرها على النكاح وقال أبو حنيفة والثوري والاوزاعي وأبو ثور وجاعة لا بد من اعتبار رضاها ووافقهم مالك في البكر المعنسة على أحد القولين عنه وسبب اختلافهم معارضة دليل الخطاب في هذا العموم وذلك ان ماروى عنه عليه الصلاة والسلام من قوله لا تنكح اليتيمة الابانها وقوله تستأمر اليتيمة في نفسها خرجها أبو داود والمفهوم منه بدليل الخطاب ان ذات الأب بخلاف اليتيمة وقوله عليه الصلاة والسلام في حديث ابن عباس المشهور والبكر تستأمر يوجب بعمومه استئثار كل بكر والعموم أقوى من دليل الخطاب مع انه خرج مسلم في حديث ابن عباس زيادة وهو أنه قال عليه الصلاة والسلام والبكر يستأذنها أبوها وهو نص في موضع الخلاف وأما الثيب الغير البالغ فان مالكا وأبا حنيفة قال لا يجبرها الأب على النكاح وقال الشافعي لا يجبرها وقال المتأخرون ان في المذهب فيها ثلاثة أقوال قول ان الأب يجبرها مالم تبلغ بعد الطلاق وهو قول أشهب وقول انه يجبرها وان بلغت وهو قول سحنون وقول انه لا يجبرها وان لم تبلغ وهو قول أبي تمام والذي حكيناه عن مالك هو الذي حكاه أهل مسائل الخلاف كابن القصار وغيره عنه وسبب اختلافهم معارضة دليل الخطاب للعموم وذلك ان قوله عليه الصلاة والسلام تستأمر اليتيمة في نفسها ولا تنكح اليتيمة الابانها يفهم منه أن ذات الأب لا تستأمر الاما جع عليه الجمهور من استئثار الثيب البالغ وعموم قوله عليه الصلاة والسلام الثيب أحق بنفسها من وليها يتناول البالغ وغير البالغ وكذلك قوله لا تنكح الايم حتى تستأمر ولا تنكح حتى تستأذن بدل بعمومه على ما قاله الشافعي ولاختلافهم في هاتين المسألتين سبب آخر وهو استنباط القياس من موضع الاجماع وذلك انهم لما أجمعوا على أن الأب يجبر البكر غير البالغ وأنه لا يجبر الثيب البالغ الاخلاف اشد افيهما جميعا كما قلنا اختلفوا في موجب الاجبار هل هو البكارة والصغر فن قال الصغر قال لا يجبر البكر البالغ ومن قال البكارة قال تجبر البكر البالغ ولا تجبر الثيب الصغيرة ومن قال كل واحد منهما يوجب الاجبار اذا انفرد قال يجبر البكر البالغ والثيب الغير البالغ والتعليل الأول تعليل أبي حنيفة والثاني لتعليل الشافعي والثالث لتعليل مالك والاصول أكثر شهادة لتعليل أبي حنيفة واختلفوا في الثبوت التي ترفع الاجبار وتوجب النطق بالرضا أو الرد فذهب مالك وأبو حنيفة الى انها الثبوت التي تكون بنكاح صحيح أو شبهة نكاح أو ملك وانها لا تكون بزنا ولا بفصم وقال الشافعي كل ثبوت ترفع الاجبار وسبب اختلافهم هل يتعلق الحكم بقوله عليه الصلاة والسلام والثيب أحق بنفسها من وليها بالثبوت الشرعية أم بالثبوت اللغوي واتفقوا على أن الأب يجبر ابنه الصغير على النكاح وكذلك ابنته الصغيرة البكر ولا يستأمرها لما ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج عائشة رضي الله عنها بنت ست أو سبع وبنى بها بنت تسع بالنكاح أبي بكر أيها رضي الله عنه الاماروى من الخلاف

عن ابن شبرمة واختلفوا من ذلك في مستثنين احدهما هل زوج الصغيرة غير الأب والثانية هل زوج الصغير غير الأب فأما هل زوج الصغيرة غير الأب أم لا فقال الشافعي زوجها الجأب بالأب والأب فقط وقال مالك لا زوجها إلا الأب فقط أو من جعل الأب له ذلك اذا عين الزوج الآن يخاف عليها الضيعة والفساد وقال أبو حنيفة زوج الصغيرة كل من له عليها ولاية من أب و قريب وغير ذلك ولها الخيار اذا بلغت وسبب اختلافهم معارضة العموم للقياس وذلك ان قوله عليه الصلاة والسلام والبركر تستأمر واذنهنصايتها يقتضى العموم في كل بكر الا ذات الأب التي خصصها الاجماع الاخلاف الذى ذكرناه وكون سائر الأولياء معلوما منهم النظر والمصلحة لوليتهم يوجب أن يلحقوا بالأب في هذا المعنى فمنهم من ألحق به جميع الأولياء ومنهم من ألحق به الجد فقط لأنه في معنى الأب اذا كان أباً أعلى وهو الشافعي ومن قصر ذلك على الأب رأى ان ماللا ب في ذلك غير موجود لغيره امان من قبل أن الشرع خصه بذلك وامان من قبل ان ما يوجد فيه من الرأفة والرحمة لا يوجد في غيره وهو الذى ذهب اليه مالك رضى الله عنه وما ذهب اليه أظهر والله أعلم الآن يكون هنالك ضرورة وقد احتجت الحنفية بجواز انكاح الصغار غير الآباء بقوله تعالى (فان خفتم أن لا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء) قال واليتيم لا ينطق الا على غير البالغة والفرق الثاني قالوا ان اسم اليتيم قد ينطلق على البالغة بدليل قوله عليه الصلاة والسلام تستأمر اليتيمة والمستأمرة هي من أهل الاذن وهي البالغة فيكون لا اختلافهم سبب آخر وهو اشتراك اسم اليتيم وقد احتج أيضاً من لم يجز نكاح غير الأب لها بقوله عليه الصلاة والسلام تستأمر اليتيمة في نفسها قالوا والصغيرة ليست من أهل الاستئثار باتفاق فوجب المنع ولأولئك أن يقولوا ان هذا حكم اليتيمة التي هي من أهل الاستئثار وأما الصغيرة فمستكوت عنها وأما هل زوج الولى غير الأب الصغير فان مالكاً أجاز له الوصى وأبا حنيفة أجاز له للأولياء الآن أبا حنيفة أوجب الخيار له اذا بلغ ولم يوجب ذلك مالك وقال الشافعي ليس لغير الأب انكاحه وسبب اختلافهم قياس غير الأب في ذلك على الأب فن رأى أن الاجتهاد الموجود فيه الذى جاز للأب به أن زوج الصغير من ولده لا يوجد في غير الأب لم يجز ذلك ومن رأى انه يوجد فيه أجاز ذلك ومن فرق بين الصغير في ذلك والصغيرة فلأن الرجل يملك الطلاق اذا بلغ ولا تملك المرأة ولذلك جعل أبو حنيفة لهما الخيار اذا بلغا (وأما الموضع الثالث) وهو هل يجوز عقد النكاح على الخيار فان الجمهور على انه لا يجوز وقال أبو ثور يجوز والسبب في اختلافهم تردد النكاح بين البيوع التى لا يجوز فيها الخيار والبيوع التى يجوز فيها الخيار أو تقول ان الأصل في العقود أن لا خيار الا ما وقع عليه النص وعلى المثبت للخيار البليل أو تقول ان أصل منع الخيار (٧) فى البيوع هو الفرر والأنكحة لا غرو فيها لأن المقصود بها المكارمة لا المكايسة ولأن الحاجة الى الخيار والرؤية فى النكاح أشد منه فى البيوع وأما تراخي القبول من أحد الطرفين عن العقد فأجاز مالك من ذلك التراخي اليسير ومنعه قوم وأجازة قوم وذلك مثل أن ينكح الولى امرأة بغير اذنها فيبلغها النكاح فتجيزه ومن منعه مطلقا الشافعي ومن أجازة مطلقاً أبو حنيفة وأصحابه والتفرقة بين الأمر الطويل والقصير لمالك وسبب الخلاف هل من شرط الانقضاء وجود القبول من المتعاقدين فى وقت واحد معا أم ليس ذلك من شرطه ومثل هذا الخلاف عرض فى البيع (الركن الثانى فى شروط العقد) وفيه ثلاثة فصول الفصل الأول

﴿ الفصل الأول ﴾

والنظر في الأولياء في مواضع أربعة الأول في اشتراط الولاية في صحة النكاح الموضع الثاني في صفة الولي الثالث في أصناف الأولياء وترتيبهم في الولاية وما يتعلق بذلك الرابع في عضل الأولياء من يلزمهم وحكم الاختلاف الواقع بين الولي والمولى عليه ﴿الموضع الأول﴾ اختلف العلماء هل الولاية شرط من شروط صحة النكاح أم ليست بشرط فذهب مالك الى أنه لا يكون نكاح الابولى وإنها شرط في الصحة في رواية أشهب عنه وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة وزفر والشعبي والزهرى اذا عقدت المرأة نكاحها بغير ولي وكان كفواً جاز وفرق داود بين البكر والثيب فقال باشتراط الولي في البكر وعدم اشتراطه في الثيب ويستخرج على رواية ابن القاسم عن مالك في الولاية قول رابع ان اشتراطها سنة لا فرض وذلك انه روى عنه انه كان يرى الميراث بين الزوجين بغير ولي وأنه يجوز للمرأة غير الثيبفة أن تستخلف رجلاً من الناس على انكاحها وكان يستحب أن تقدم الثيب وليها لي عقد عليها فكانه عنده من شروط التمام لامن شروط الصحة بخلاف عبارة البغداديين من أصحاب مالك أعنى انهم يقولون انها من شروط الصحة لا من شروط التمام وسبب اختلافهم انهم تأت آية ولا سنة هي ظاهرة في اشتراط الولاية في النكاح فضلاً عن أن يكون في ذلك نص بل الآيات والسنن التي جرت العادة بالاحتجاج بها عند من يشترطها هي كلها محتملة وكذلك الآيات والسنن التي يحتج بها من يشترط اسقاطها هي أيضاً محتملة في ذلك والاحاديث مع كونها محتملة في ألفاظها تختلف في معناها الاحديث ابن عباس وإن كان المسقط لها ليس عليه دليل لأن الأصل براءة الذمة ونحن نورد مشهور ما احتج به الفريقان وبين وجه الاحتمال في ذلك فمن أظهر ما يحتج به من الكتاب من اشتراط الولاية قوله تعالى (فاذا بلغن أجلهن فلاتعاضوهن أن ينكحن أزواجهن) قالوا وهذا خطاب للاولياء ولولم يكن لهم حق في الولاية لما نهوا عن العضل وقوله تعالى (ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا) قالوا وهذا خطاب للاولياء أيضاً ومن أشهر ما احتج به هؤلاء من الأحاديث ما رواه الزهرى عن عروة عن عائشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أيام امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل ثلاث مرات وإن دخل بها فلمهرها بما أصاب منها فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له خرج الترمذى وقال فيه حديث حسن وأما ما احتج به من لم يشترط الولاية من الكتاب والسنة فقوله تعالى (فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن بالمعروف) قالوا وهذا دليل على جواز تصرفها في العقد على نفسها قالوا وقد أضاف اليهن في غير ما آية من الكتاب الفعل فقال (أن ينكحن أزواجهن) وقال (حتى تنكح زوجاً غيره) وأما من السنة فاحتجوا بحديث ابن عباس المتفق على صحته وهو قوله عليه الصلاة والسلام الايم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأمر في نفسها واذنها صامتا وهذا الحديث احتج داود في الفرق عنده بين الثيب والبكر في هذا المعنى فهذا مشهور ما احتج به الفريقان من السماع فأما قوله تعالى (فاذا بلغن أجلهن فلاتعاضوهن) فليس فيه أكثر من نهى قرابة المرأة وعصبتها من أن يمنعهما النكاح وليس نهى عن العضل مما يفهم منه اشتراط اذنه في صحة العقد لاحقيقة ولا مجازاً أعنى بوجه من وجوه أدلة الخطاب الظاهرة وألنص

بل قد يمكن أن يفهم منه ضد هذا وهو أن الأولياء ليس لهم سبيل على من يأنهم وكذلك قوله تعالى (ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا) هو أن يكون خطاباً لأولى الأمر من المسلمين أو لجميع المسلمين أخرى منه أن يكون خطاباً للأولياء وبالجملة فهو متردد بين أن يكون خطاباً للأولياء وأولوى الأمر فمن احتج بهذه الآية فعليه البيان أنه أظهر في خطاب الأولياء منه في أولى الأمر فإن قيل إن هذا عام والعام يشمل ذوى الأمر والأولياء قيل إن هذا الخطاب إنما هو خطاب بالمنع والنهي بالشرع فيستوى فيه الأولياء وغيرهم وكون الولي مأموراً بالمنع بالشرع لا يوجب له ولاية خاصة في الإذن أصله الأجنبي ولو قلنا إنه خطاب للأولياء يوجب اشتراط أذنهم في صحة النكاح لكان مجعلاً لا يصح به عمل لأنه ليس فيه ذكر أصناف الأولياء ولا صفاتهم ولا أمر أتيتهم والبيان لا يجوز تأخيرها عن وقت الحاجة ولو كان في هذا كله شرع معروف لنقل تواتراً وأقر بيا من التواتر لأن هذا مما تميم به البلوى ومعلوم أنه كان في المدينة من لا ولي له ولم ينقل عنه صلى الله عليه وسلم أنه كان يعتقد أن نكاحهم ولا ينصب لذلك من يعقدها وإضافاً إلى المقصود من الآية ليس هو حكم الولاية وإنما المقصود منها تحريم نكاح المشركين والشركات وهذا ظاهر والله أعلم وأما حديث عائشة فهو حديث مختلف في وجوب العمل به ولا يظهر أن ما لا يتفق على صحته أنه ليس يجب العمل به وأيضاً فإن سلمنا صحة الحديث فليس فيه الاشتراط أذن الولي لمن لها ولي أعني المولى عليها وإن سلمنا أنه عام في كل امرأة فليس فيه أن المرأة لا تعتد على نفسها أعني أن لا تكون هي التي تلي العقد بل الظاهر منه أنه إذا أذن الولي لها جاز أن تعتد على نفسها دون أن تسترط في صحة النكاح أشهاد الولي معها وأما ما احتج به الفريق الآخر من قوله تعالى (فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن من معروف) فإن المفهوم منه النهي عن التثريب عليهن فيما استبددن بفعله دون أولياتهن وليس ههنا شيء يمكن أن تستبد به المرأة دون الولي إلا عقد النكاح فظاهر هذه الآية والله أعلم أن لها أن تعتد النكاح والأولياء الفسخ إذا لم يكن بالمرء وهو الظاهر من الشرع إلا أن هذا لم يقل به أحد وأن يحتج ببعض ظاهر الآية على رأيهم ولا يحتج ببعضها فيه ضعف وأما إضافة النكاح إليهن فليس فيه دليل على اختصاصهن بالعقد لكن الأصل هو الاختصاص الآن يقوم الدليل على خلاف ذلك وأما حديث ابن عباس فهو لعمري ظاهر في الفرق بين الثيب والبكر لأنه إذا كان كل واحد منهما يستأذن ويتولى العقد عليهما الولي فبأذنت شرعية تكون الإيماء حق بنفسها من ولها وحديث الزهري هو أن يكون موافقاً لهذا الحديث أخرى من أن يكون معارضه ومحتمل أن تكون التفرقة بينهما في السكوت والنطق فقط ويكون السكوت كافياً في العقد والاحتجاج بقوله تعالى (فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن بالمرء) هو أظهر في أن المرأة تلي العقد من الاحتجاج بقوله (ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا) على أن الولي هو الذي يلي العقد وقد ضعفت الحنفية حديث عائشة وذلك أنه حديث رواه جماعة عن ابن جريج عن الزهري وحكي ابن عليه عن ابن جريج أنه سأل الزهري عنه فلم يعرفه قالوا والدليل على ذلك أن الزهري لم يكن يشترط الولاية ولا الولاية من منذهب عائشة وقد احتجوا أيضاً بحديث ابن عباس أنه قال لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل ولكنه مختلف في رفعه وكذلك اختلفوا أيضاً في صحة الحديث الوارد في نكاح النبي عليه الصلاة والسلام أم سلمة وأمره لا ينهها أن ينكحها إياه وأما احتجاج الفريقين من جهة المعاق

فمحتمل وذلك انه يمكن أن يقال ان الرشد اذا وجد في المرأة اكتفى به في عقد النكاح كما يكتفى به في التصرف في المال ويشبه أن يقال ان المرأة مائلة بالطبع الى الرجال أكثر من ميلها الى تندير الاموال فاحتاط الشرع بان جعلها محجورة في هذا المعنى على التأييد مع ان ما يلحقها من العار في الفاء نفسها في غير موضع كفاءة بطرق الى اولياتها لكن يكفي في ذلك أن يكون للاولياء الفسخ أو الحسبة والمسئلة محتملة كما ترى لكن الذي يغلب على الظن انه لو قصد الشارع اشتراط الولاية لبلين جنس الاولياء وأصنافهم ومرايتهم فان تأخر البيان عن وقت الحاجة لا يجوز فاذا كان لا يجوز عليه عليه الصلاة والسلام تأخير البيان عن وقت الحاجة وكان عموم البلوى في هذه المسئلة يقتضي أن ينقل اشتراط الولاية عنه صلى الله عليه وسلم تواتر أو قريبا من التواتر ثم ينقل فقدي يجب أن يعتقد أحد أمرين اما انه ليست الولاية شرطا في صحة النكاح وانما للاولياء الحسبة في ذلك وأما ان كانت شرطا فليس من صحتها تمييز صفات الولى وأصنافهم ومرايتهم ولذلك يضعف قول من يبطل عقد الولى الأبعد مع وجود الاقرب (الموضع الثاني) وأما النظر في الصفات الموجبة للولاية والسالبة لها فانهم اتفقوا على أن من شرط الولاية الاسلام والبلوغ والذكورية وأن سواها أضرار هذه أعنى الكفر والصغر والانوثة واختلفو في ثلاثة في العبد والفاسق والسفيه فأما العبد فالأكثر على منع ولايته وجوزها أبو حنيفة وأما الرشد فالشهور في المنهب أعنى عند أكثر أصحاب مالك ان ذلك ليس من شرطها أعنى الولاية وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي ذلك من شرطها وقرروى عن مالك مثل قول الشافعي بقول الشافعي قال أشهب وأبو مصعب وبسبب الخلاف تشبيه هذه الولاية بولاية المال فمن رأى انه قد يوجد الرشد في هذه الولاية مع عسبه في المال قال ليس من شرطه أن يكون رشيدا في المال ومن رأى أن ذلك ممنوع الوجود قال لا بد من الرشد في المال وهما قسبان كما ترى أعنى أن الرشد في المال غير الرشد في اختيار الكفاءة لها وأما العدالة فاتفقوا فيها من جهة انها نظر للعنى أعنى هذه الولاية فلا يؤمن مع عدم العدالة أن لا يختارها الكفاءة وقد يمكن أن يقال ان الحالة التي بها يختار الاولياء لمولياتهم الكفاء غير حالة العدالة وهي خوف حقوق العار بهم وهذه هي موجودة بالطبع وتلك العدالة الاخرى مكتسبة ولتنقص العبد يدخل الخلاف في ولايته كما يدخل في عدالته (الموضع الثالث) وأما أصناف الولاية عند القائلين بها فهي نسب وسلطان ومولى أعلى وأسفل ومجرد الاسلام عند مالك صفة تقتضي الولاية على الدينونة واختلفو في الوصى فقال مالك يكون الوصى ولدا ومنع ذلك الشافعي وبسبب اختلافهم هل صفة الولاية مما يمكن أن يستتاب فيها أم ليس يمكن ذلك ولهذا السبب بعينه اختلفوا في الوكالة في النكاح لكن الجمهور على جوازها الا بأبور ولا فرق بين الوكالة والايضاء لان الوصى وكيل بعد الموت والوكالة تنقطع بالموت واختلفوا في ترتيب الولاية من النسب فعند مالك أن الولاية معتبرة بالتعصيب الا الابن فمن كان أقرب عصبة كان أحق بالولاية والابناء عنده أولى وان سفلوا ثم الآباء ثم الاخوة للاب والام ثم بنو الاخوة للاب والام ثم للاب فقط ثم الاجداد للاب وان سفلوا وقال المغيرة الجند وأبوه أولى من الاخ وابن ليس من أصل (٧) ثم العمومة على ترتيب الاخوة وان سفلوا ثم المولى ثم السلطان والمولى الاعلى عنده أحق من الاسفل والوصى عنده أولى من ولّى النسب أعنى وصى الاب واختلف أصحابه فيمن أولى وصى الاب

(٧) هكذا بالاصل ولعل صوابه لانه أصل فليتأمل اهـ مصححه

أولى النسب فقال ابن القاسم الوصي أولى مثل قول مالك وقال ابن الماجشون وابن عبد الحكم أولى وأولى وخالف الشافعي مالكاً في ولاية البنوة فلم يحزها أصلاً وفي تقديم الاخوة على الجد فقال لولاية للابن وروى عن مالك أن الأب أولى من الابن وهو أحسن وقال أيضاً الجداً أولى من الاخ وبه قال المغيرة والشافعي اعتبر التعصيب أعنى أن الولد ليس من عصبته لحديث عمر لا تنكح المرأة الاباذن ولها أودى الرأي من أهلها أو السلطان ولم يعتبره مالك في الابن لحديث أم سلمة أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر ابنه أن ينكحها إياه ولانهم اتفقوا أعنى مالك والشافعي على أن الابن يرث الولاء الواجب للام والولاء عندهم للعصبة وسبب اختلافهم في الجد هو اختلافهم فيمن هو أقرب هل الجد أو الاخ ويتعلق بالترتيب ثلاث مسائل مشهورة أحدها اذا زوج الأب بعد مع حضور الأقرب والثانية اذا غاب الأقرب هل تنتقل الولاية الى الأب بعد أو الى السلطان والثالثة اذا غاب الاب عن ابنته البكر هل تنتقل الولاية أولاً تنتقل (فأما المسئلة الاولى) فاختلف فيها قول مالك فمرة قال ان زوج الأب بعد مع حضور الأقرب فالنكاح مفسوخ ومرة قال النكاح جائز ومرة قال للأقرب أن يحجز أو يفسخ وهذا الخلاف كله عنده فيأعدها الابن في ابنته البكر والوصي في محجورته فإنه لا يختلف قوله ان النكاح في هذين مفسوخ أعنى تزويج غير الأب البنت البكر مع حضور الأب أو غير الوصي المحجورة مع حضور الوصي وقال الشافعي لا يعقد أحد مع حضور الأب لافي بكر ولا في ثيب وسبب هذا الاختلاف هو هل الترتيب حكم شرعي أعنى ثابت بالشرع في الولاية أم ليس بحكم شرعي وان كان حكماً فهل ذلك حق من حقوق الولى الأقرب أم ذلك حق من حقوق قائلة فمن لم ير الترتيب حكماً شرعياً قال يجوز نكاح الأب بعد مع حضور الأقرب ومن رأى انه حكم شرعي ورأى أنه حق للولى قال النكاح منعقد فان أجازه الولى جاز وان لم يحجزه انفسخ ومن رأى انه حق لله قال النكاح غير منعقد وقد أنكر قوم هذا المعنى في المذهب أعنى أن يكون النكاح منفسخاً غير منعقد (وأما المسئلة الثانية) فان مالكا يقول اذا غاب الولى الأقرب انتقلت الولاية الى الأب بعد وقال الشافعي تنتقل الى السلطان وسبب اختلافهم هل الغيبة في ذلك بمنزلة الموت أم لا وذلك انه لا خلاف عندهم في انتقالها في الموت (وأما المسئلة الثالثة) وهي غيبة الأب عن ابنته البكر فان في المذهب فيها تفصيلاً واختلافاً وذلك راجع الى بعد المكان وطول الغيبة أو قربها والجهل بمكانه أو العلم به وحاجة البنت الى النكاح اما لعدم النفقة واما لما يخاف عليها من عدم الصون واما للامر من جميعاً فاتفق المذهب على انه اذا كانت الغيبة بعيدة أو كان الأب مجهول الموضع أو أسيراً وكانت في صون وتحت نفقة انها لم تدع الى التزويج لا تزوج وان دعت فتزوج عند الأسر وعند الجهل بمكانه واختلفوا هل تزوج مع العلم بمكانه أم لا اذا كان بعيداً فقبل لا تزوج وهو قول مالك وقيل لا تزوج وهو قول عبد الملك وابن وهب وأما ان عدمت النفقة أو كانت في غير صون فانها تزوج أيضاً في هذه الأحوال الثلاثة أعنى في الغيبة البعيدة وفي الأسر والجهل بمكانه وكذلك ان اجتمع الأمران فاذا كانت في غير صون تزوج وان لم تدع الى ذلك ولم يختلفوا فيما أحسب أنها لا تزوج في الغيبة القريبة المعاومة لمكان امكان مخاطبته وليس يبعد بحسب النظر المصلحة الذي انبنى عليه هذا النظر أن يقال ان ضاق الوقت وخشى السلطان عليها القصد تزوجت وان كان الموضع قريباً واذا قلنا انه يجوز ولاية الأب بعد مع حضور الأقرب فان جعلت امرأة أمرها الى

وليين فزوجها كل واحد منهما فإنه لا يخلو أن يكون تقدم أحدهما في العقد على الآخر أو يكونا عقدا معا ثم لا يخلو ذلك من أن يعلم المتقدم أولاً يعلم فأما إذا علم المتقدم منهما فأجمعوا على أنها للاول إذا لم يدخل بها واحد منهما واختلفوا إذا دخل الثاني فقال قوم هي للاول وقال قوم هي للثاني وهو قول مالك وابن القاسم وبالأول قال الشافعي وابن عبد الحكم وأما إن أنكحها معا فلا خلاف في فسخ النكاح فيما أعرف وسبب الخلاف في اعتبار الدخول ولا اعتباره معارضة العموم للقياس وذلك أنه قد روي أنه عليه الصلاة والسلام قال أيما امرأة أنكحها وليان فهي للاول منهما فعموم هذا الحديث يقتضي أنها للاول دخل بها الثاني أو لم يدخل ومن اعتبر الدخول فتسببها بقوات السلعة في البيع المكروه وهو ضعيف وأما إن لم يعلم الأول فإن الجمهور على الفسخ وقال مالك يفسخ ما لم يدخل أحدهما وقال شريح تخير فأيهما اختارت كان هو الزوج وهو شاذ وقد روي عن عمر بن عبد العزيز (الموضع الرابع في عضل الأولياء) وانفقوا على أنه ليس للولي أن يعضل وليته إذا دعت إلى كفاء وبصداق مثلها وأنها ترفع أمرها إلى السلطان فيزوجها ماعدا الأب فإنه اختلف فيه المذهب واختلفوا بعد هذا الاتفاق فيباهي الكفاءة المعتمدة في ذلك وهل صداق المثل منها أم لا وكذلك اتفقوا على أن للمرأة أن تمنع نفسها من أنكاح من له من الأولياء جبرها إذا لم تكن فيها الكفاءة موجودة كالأب في ابنته البكر أما غير البالغ باتفاق والبالغ والتيب الصغيرة باختلاف على ما تقدم وكذلك الوصي في محجوره على القول بالجبر فأما الكفاءة فأنهم اتفقوا على أن الدين معتبر في ذلك إلا ما روي عن محمد بن الحسن من إسقاط اعتبار الدين ولم يختلف المذهب أن البكر إذا تزوجها الأب من شارب الخمر وبالجملة من فاسق أن لها أن تمنع نفسها من النكاح وينظر الحاكم في ذلك فيفرق بينهما وكذلك أن زوجها ممن ماله حرام أو ممن هو كثير الخلف بالطلاق واختلفوا في النسب هل هو من الكفاءة أم لا وفي الحرية وفي البسار وفي الصعة من العيوب فالشهور عن مالك أنه يجوز نكاح الموالى من العرب وأنه احتج لذلك بقوله تعالى (إن أكرمكم عند الله أتقاكم) وقال سفيان الثوري وأحمد لا تزوج العربية من مولى وقال أبو حنيفة وأصحابه لا تزوج فرسية الامن قرشي ولا عربية الامن عربي والسبب في اختلافهم اختلافهم في مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام تنكح المرأة لدينها وجمالها وما لها وحسبها فاظفر بذات الدين تربت يمينك ففهم من رأى أن الدين هو المعبر فقط لقوله عليه الصلاة والسلام فعليك بذات الدين تربت يمينك ومنهم من رأى أن الحسب في ذلك هو معنى الدين وكذلك المال وأنه لا يخرج من ذلك إلا ما أخرجه الإجماع وهو كون الحسن ليس من الكفاءة وكل من يقول برد النكاح من العيوب يجعل الصحة منهما من الكفاءة وعلى هذا فيكون الحسن يعتبر لجهة ما ولم يختلف المذهب أيضا أن الفقر مما يوجب فسخ انكاح الأب ابنته البكر أعني إذا كان فقيرا غير قادر على النفقة عليها فالمال عنده من الكفاءة ولم بذلك أبو حنيفة وأما الحرية فلم يختلف المذهب أنها من الكفاءة لكون السنة الثابتة تخيرا للأمة إذا عتقت وأما مهر المثل فإن مالها والشافعي تريان أنه ليس من الكفاءة وأن للاب أن ينكح ابنته بأقل من صداق المثل أعني البكر وأن التيب الرشيدة إذا رضيت به لم يكن للأولياء مقال وقال أبو حنيفة مهر المثل من الكفاءة وسبب اختلافهم أماني الأب فلا اختلافهم هل له أن يضع من صداق ابنته البكر شيئا أم لا وأماني التيب فلا اختلافهم هل

ترتفع عنها الولاية في مقدار الصداق اذا كانت رشيدة كما ترتفع في سائر تصرفاتها المالية أم ليس ترتفع الولاية عن مقدار الصداق اذ كانت لا ترتفع عنها في التصرف في النكاح والصداق من أسبابه وقد كان هذا القول خلق من يشترط الولاية ممن لم يشترطها لكن أتى الامر بالعكس ويتعلق بأحكام الولاية مسألة مشهورة وهي هل يجوز للولي أن ينكح وليته من نفسه أم لا يجوز ذلك فنع ذلك الشافعي قياسا على الحاكم والشاهد أعنى أنه لا يحكم لنفسه ولا يشهد لنفسه وأجاز ذلك مالك ولا أعلم لما لك حجة في ذلك الا ما روى من أنه عليه الصلاة والسلام تزوج أم سلمة بغير ولي لأن ابنها كان صغيرا وما ثبت أنه عليه الصلاة والسلام أعتق صفية فجعل صداقها عتقها والأصل عند الشافعي في أنكحة النبي عليه الصلاة والسلام أنها على الخصوص حتى يدل الدليل على العموم لكثرة خصوصيته في هذا المعنى صلى الله عليه وسلم ولكن تردد قوله في الامام الأعظم

﴿ الفصل الثاني في الشهادة ﴾

واتفق أبو حنيفة والشافعي ومالك على أن الشهادة من شرط النكاح واختلفوا هل هي شرط تمام يؤمر به عند الدخول أو شرط محبة يؤمر به عند العقد واتفقوا على أنه لا يجوز نكاح السر واختلفوا اذا أشهد شاهدين ووصيا بالكتان هل هو سر أو ليس بسر فقال مالك هو سر ويفسخ وقال أبو حنيفة والشافعي ليس بسر وسبب اختلافهم هل الشهادة في ذلك حكم شرعي أم إنما المقصود منها سد ذريعة الاختلاف أو الانكار فمن قال حكم شرعي قال هي شرط من شروط الصحة ومن قال توثيق قال من شروط التمام والأصل في هذا ما روى عن ابن عباس لانكاح الابشاهدي عدل وولي مرشد ولا مخالفه من الصحابة وكثير من الناس رأى هذا دخلا في باب الاجماع وهو ضعيف وهذا الحديث قد روى مرفوعا ذكره الدارقطني وذكر أن في سنده مجاهيل وأبو حنيفة ينعقد النكاح عنده بشهادة قاسقين لأن المقصود عنده بالشهادة هو الاعلان فقط والشافعي يرى أن الشهادة تتضمن المعنيين أعنى الاعلان والقبول ولذلك اشترط فيها العدالة وأما مالك فليس تتضمن عنده الاعلان اذا وصى الشاهدان بالكتان وسبب اختلافهم هل ما تقع فيه الشهادة ينطلق عليه اسم السر أم لا والأصل في اشتراط الاعلان قول النبي عليه الصلاة والسلام أعلنوا هذا النكاح واضربوا عليه بالدفوف خرجه أبو داود وقال عمر فيه هذا نكاح السر ولو تقدمت فيه لرجت وقال أبو ثور وجاعة ليس الشهود من شرط النكاح لا بشرط محبة ولا بشرط تمام وفعل ذلك الحسن بن علي روى عنه انه تزوج بغير شهادة ثم أعلن بالنكاح

﴿ الفصل الثالث في الصداق ﴾

والنظر في الصداق في ستة مواضع الاول في حكمه وأركانه الموضوع الثاني في تقرير جميعه للزوجة الموضوع الثالث في تشطيره الموضوع الرابع في التفويض وحكمه الموضوع الخامس الاصدقة الفاسدة وحكمها الموضوع السادس في اختلاف الزوجين في الصداق (الموضع الاول) وهذا الموضوع فيه أربع مسائل الاولى في حكمه الثانية في قدره الثالثة في جنسه ووصفه الرابعة في تأجيله (المسئلة الاولى) اما حكمه فانهم اتفقوا على انه شرط من شروط الصحة وأنه لا يجوز التواطؤ على تركه لقوله تعالى (وآتوا النساء صدقاتهن نحلة) وقوله تعالى (فانكحوهن باذن أهلهن وآتوهن أجورهن) (المسئلة الثانية)

وأما قدره فأنهم اتفقوا على أنه ليس لا كثره حد واختلفوا في أقله فقال الشافعي وأحمد وإسحق وأبو ثور
وفقهاء المدينة من التابعين ليس لأقله حد وكل ما جاز أن يكون مننا وقية لشيء جاز أن يكون صداقا وبه قال
ابن وهب من أصحاب مالك وقال طائفة بوجوب تحديد أقله وهو لأداء اختلافوا المشهور في ذلك مذهب
أحمد مذهب مالك وأصحابه والثاني مذهب أبي حنيفة وأصحابه فأما مالك فقال أقله ربع دينار من
الذهب أو ثلاثة دراهم كيلا من فضة أو ماساوى الدراهم الثلاثة أعنى دراهم الكيل فقط في المشهور وقيل
أو ماساوى أحدهما وقال أبو حنيفة عشرة دراهم أقله وقيل خمسة دراهم وقيل أربعون درهما
وسبب اختلافهم في التقدير سببان أحدهما تردد بين أن يكون عوضا من الاعراض يعتبر فيه التراضي
بالقليل كان أو بالكثير كالحال في البيوعات وبين أن يكون عبادة فيكون موقتا وذلك أنه من جهة التراضي
يملك به على المرأة منافعها على الروام يشبه العوض ومن جهة أنه لا يجوز التراضي على إسقاطه يشبه العبادة
والسبب الثاني معارضة هذا القياس المقتضى التحديد لمفهوم الاثر الذي لا يقتضى التحديد أما القياس
الذي يقتضى التحديد فهو كما قلنا أنه عبادة والعبادات موقته وأما الاثر الذي يقتضى مفهومه عدم التحديد
فحديث سهل بن سعد الساعدي المتفق على صحته وفيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم جاءته امرأة
فقال يا رسول الله أتى قد وهبت نفسي لك فقامت قياما طويلا فقام رجل فقال يا رسول الله زوجنيها
إن لم يكن لك بها حاجة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هل معك من شيء تصدقها إياه فقال ما عندي
الا زارى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم إن أعطيتها إياه جلست لا زارك فالتمس شيئا فقال لأجد
شيئا فقال عليه الصلاة والسلام التمس ولو خاتما من حديد فالتمس فلم يجد شيئا فقال رسول الله صلى الله
عليه وسلم هل معك شيء من القرآن قال نعم سورة كذا وسورة كذا فقرأها عليه الصلاة والسلام التمس ولو خاتما
من حديد دليل على أنه لا قدر لأقله لأنه لو كان له قدر لينه اذ لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة وهذا
استدلال بين كما ترى مع أن القياس الذي اعتمد القائلون بالتحديد ليس تسلم مقدماته وذلك أنه انبنى على
مقدمتين أحدهما أن الصداق عبادة والثانية أن العبادة موقته وفي كليهما نزاع للخصم وذلك أنه
فدليل في الشرع من العبادات ما ليست موقته بل الواجب فيها هو أقل ما ينطلق عليه الاسم وأيضا فإنه ليس
فيه شبه العبادات خالصا وانما صار المرجحون لهذا القياس على مفهوم الاثر لاحتمال أن يكون ذلك الاثر
خاصا بذلك الرجل لقوله فيه قد أنكحتكها بما معك من القرآن وهذا خلاف للاصول وإن كان قد جاء
في بعض رواياته أنه قال قم فعلها لما ذكر انه معه من القرآن فقام فعلمها فجاء نكاحا باجارة لكن لما نسوا
أصلا يقيسون عليه قدر الصداق لم يجدوا شيئا أقرب شبهابه من نصاب القطع على بعد ما بينهما وذلك أن
القياس الذي استعملوه في ذلك هو أنهم قالوا عضو مستباح بما لا فوجب أن يكون مقدرا أصله القطع
وضعف هذا القياس هو من قبل أن الاستباحة فيها هي مقولة باشتراك الاسم وذلك أن القطع غير الوطء
وأيضا فإن القطع استباحة على جهة العقوبة والأذى وقص خلقه وهذا استباحة على جهة الذمة والمودة
ومن شأن قياس الشبه على ضعفه أن يكون الذي به تشابه الفرع والاصل شيئا واحدا لا باللفظ بل بالمعنى
وإن يكون الحكم انما وجد للاصل من جهة الشبه وهذا كله معدوم في هذا القياس ومع هذا فإنه من

الشبه الذي لم يبنه عليه اللفظ وهذا النوع من القياس مردود عند المحققين لكن لم يستعملوا هذا القياس في اثبات التحديد المقابل لمفهوم الحديث اذ هو في غاية الضعف وانما استعملوه في تعيين قدر التحديد وأما القياس الذي استعملوه في معارضة مفهوم الحديث فهو أقوى من هذا ويشهد لعدم التحديد ما أخرجه الترمذي ان امرأة تزوجت على نعلين فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم أرضيت من نفسك ومالك بنعلين فقالت نعم فجوز نكاحها وقال هو حديث حسن صحيح ولما اتفق القائلون بالتحديد على قياسه على نصاب السرقة اختلفوا في ذلك بحسب اختلافهم في نصاب السرقة فقال مالك هو ربع دينار وثلاثة دراهم لانه النصاب في السرقة عنده وقال ابن شبرمة هو خمسة دراهم لانه النصاب عنده أيضا في السرقة وقد احتججت الخفية لكون الصداق محمدا بهذا القدر بحديث يروونه عن جابر عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال لا مهر بأقل من عشرة دراهم ولو كان هذا ثابتا لكان رافعا لموضع الخلاف لانه كان يجب لموضع هذا الحديث ان يحمل حديث سهل بن سعد على الخصوص لكن حديث جابر هذا ضعيف عند أهل الحديث فانه يرويه قالوا بمشرب بن عبيد عن الحجاج بن ارطاة عن عطاء عن جابر ومبشر والحجاج ضعيفان وعطاء أيضا يلقى جابرا ولذلك لا يمكن أن يقال ان هذا الحديث معارض لحديث سهل بن سعد (المسئلة الثالثة) أما جنسه فكل ما جاز أن يملك وأن يكون عوضا واختلفوا من ذلك في مكانين في النكاح بالاجارة وفي جعل عتق أمته صداقها أما النكاح على الاجارة ففي المذهب فيه ثلاثة أقوال قول بالاجارة وقول بالنوع وقول بالكراهة والمشهور عن مالك الكراهة ولذلك رأى فسحه قبل النكاح وأجازه من أصحابه أصبغ وسحنون وهو قول الشافعي ومنعه ابن القاسم وأبو حنيفة إلا في العبد فان أبا حنيفة أجازه وسبب اختلافهم سببان أحدهما هل شرع من قبلنا لازم لنا حتى يدل الدليل على ارتفاعه أم الامر بالعكس فن قال هو لازم أجازه لقوله تعالى (أني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرنني ثمانى حجج) الآية ومن قال ليس بلزم قال لا يجوز النكاح بالاجارة والسبب الثاني هل يجوز أن يقاس النكاح في ذلك على الاجارة وذلك ان الاجارة هي مستثناة من بيع الغرر المجبول ولذلك خالف فيها الاصم وابن علية وذلك ان أصل التعامل انما هو على عين معروفة ثابتة في عين معروفة ثابتة والاجارة هي عين ثابتة في مقابلتها حركات وأفعال غير ثابتة ولا مقدرة بنفسها ولذلك اختلف الفقهاء متى يجب الاجرة على المستأجر وأما كون العتق صداقا فانه منعه فقهاء الامصار مع ادوارد وأجد وسبب اختلافهم معارضة الاثر الوارد في ذلك للاصول أعني ما ثبت من انه عليه الصلاة والسلام أعتق صفية وجعل عتقها صداقها مع احتمال ان يكون هذا خاصا به عليه الصلاة والسلام لكثرة اختصاصه في هذا الباب ووجه مفارقتها للاصول أن العتق ازالة ملك والازالة لا تتضمن استباحة الشيء بوجه آخر لانها اذا أعتقت ملكت نفسها فكيف يلزمها النكاح ولذلك قال الشافعي انها ان كرهت زواجه غرمت له قيمتها لانه رأى انها قد ألفت عليه قيمتها اذ كان انما ألتفها بشرط الاستمتاع بها وهذا كله لا يعارض به فعله عليه الصلاة والسلام ولو كان غير جائز لغيره لبيته عليه الصلاة والسلام والاصل ان أفعاله لازمة لنا لما قام الدليل على خصوصيته وأما صفة الصداق فانهم اتفقوا على انعقاد النكاح على العرض المعين الموصوف

أعني المنضبط جنسه وقدره بالوصف واختلفوا في العرض الغير موصوف ولا معين مثل ان يقول
أنكحتكها على عبد أو خادم من غير ان يصف ذلك وصفا يضبط قيمته فقال مالك وأبو حنيفة يجوز
وقال الشافعي لا يجوز وإذا وقع النكاح على هذا الوصف عند مالك كان لها الوسط مما سعى وقال أبو حنيفة
يجبر على القية وسبب اختلافهم هل يجري النكاح في ذلك مجرى البيع من القصد في التشاح أو ليس
يبلغ ذلك المبلغ بل القصد منه أكثر ذلك المكارمة فمن قال يجري في التشاح مجرى البيع قال كما لا يجوز
البيع على شيء غير موصوف كذلك لا يجوز النكاح ومن قال ليس يجري مجراه اذا المقصود منه انما هو
المكارمة قال يجوز وأما التأجيل فان قوما لم يحجزوه أصلا وقوم أجازوه واستحبوا أن يقدم شيئا منه
اذا أراد الدخول وهو مذهب مالك والذين أجازوا التأجيل منهم من لم يحجزه الا من محدود وقدر هذا
البعد وهو مذهب مالك ومنهم من أجاز له موت أو فراق وهو مذهب الاوزاعي وسبب اختلافهم هل
يشبه النكاح البيع في التأجيل أو لا يشبهه فمن قال يشبهه لم يحجز التأجيل لموت أو فراق ومن قال لا يشبهه
أجاز ذلك ومن منع التأجيل فلكونه عبادة (الموضع الثاني في النظر في التقرر) واتفق العلماء على
أن الصداق يجب كله بالدخول أو الموت أو ما وجوبه كله بالدخول فلقوله تعالى (وان أردتم استبدال
زوج مكان زوج وأنتم احداهن فلتأخذوا منه شيئا) الآية وأما وجوبه بالموت فلا أعلم الآن
فيه دليلا مسموعا الا انعقاد الاجماع على ذلك واختلفوا هل من شرط وجوبه مع الدخول المسيس
أم ليس ذلك من شرطه بل يجب بالدخول والخلوة وهو الذي يعنون بارخاء السطور فقال مالك والشافعي
وداود لا يجب بارخاء السطور الا نصف المهر ما لم يكن المسيس وقال أبو حنيفة يجب المهر بالخلوة نفسها
الا ان يكون محرما أو مريضا أو صائما في رمضان أو كانت المرأة حائضا وقال ابن أبي ليلى يجب المهر كله
بالدخول ولم يشترط في ذلك شيئا وسبب اختلافهم في ذلك معارضة حكم الصحابة في ذلك لظاهر الكتاب
وذلك أنه نص تبارك وتعالى في الدخول بها المنكوحه انه ليس يجوز ان يؤخذ من صداقها شيء في قوله
تعالى (وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم الى بعض) ونص في المطلقة قبل المسيس ان لها نصف
الصداق فقال تعالى (وان طلقوهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم)
وهذا نص كما ترى في حكم كل واحدة من هاتين الحالتين أعني قبل المسيس وبعد المسيس ولا وسط
بينهما فوجب بهذا الإجماع بظاهرها أن الصداق لا يجب الا بالمسيس والمسيس ههنا الظاهر من أمره انه الجماع
وقد يحتدل ان يحمل على أصله في اللغة وهو المس ولعل هذا هو الذي تأولت الصحابة ولذلك قال مالك
في العنين المؤجل انه قسوجب لها الصداق عليه اذا وقع الطلاق لطول مقامه معها فجعل له دون الجماع
تأثيرا في إيجاب الصداق وأما الاحكام الواردة في ذلك عن الصحابة فهو ان من أغلق بابا أو أرحى ستره
فقد وجب عليه الصداق لم يختلف عليهم في ذلك فيما حكوا واختلفوا من هذا الباب في فرع وهو اذا اختلفا
في المسيس أعني القائلين باشتراط المسيس وذلك مثل أن تدعى هي المسيس وينكر هو فالشهور عن
مالك أن القول قولها وقيل ان كان دخول بناء صدقت وان كان دخول زيارة لم تصدق وقيل ان كانت
بكر انظر اليها النساء فيتحصل فيها في المذهب ثلاثة أقوال وقال الشافعي وأهل الظاهر القول قوله وذلك
لانه مدعى عليه ومالك ليس يعتبر في وجوب اليمين على المدعى عليه من جهة ما هو مدعى عليه بل من

جهة ما هو أقوى شبهة في الأكثر ولذلك يجعل القول في مواضع كثيرة قول المدعى إذا كان أقوى شبهة وهذا الخلاف يرجع إلى الهمم إيجاب العين على المدعى عليه معطل وأغير معطل وكذلك القول في وجوب البينة على المدعى وسيأتي هذا في مكانه (الموضع الثالث في التشطير) واتفقوا اتفاقاً مجملاً أنه إذا طلق قبل الدخول وقد فرض صداقاً أنه يرجع عليها بنصف الصداق لقوله تعالى (فنصف ما فرضتم) الآية والنظر في التشطير في أصول ثلاثة في محله من الانكحة وفي موجه من أنواع الطلاق أعنى الواقع قبل الدخول وفي حكم ما يعرض له من التغيرات قبل الطلاق أما محله من النكاح عند مالك فهو النكاح الصحيح أعنى أن يكون يقع الطلاق الذي قبل الدخول في النكاح الصحيح وأما النكاح الفاسد فإن لم تكن الفرقة فيه فسخاً وطلق قبل الفسخ في ذلك قولان وأما موجب التشطير فهو الطلاق الذي يكون باختيار من الزوج لا باختيار منها مثل الطلاق الذي يكون من قبل قيامها بعيب يوجد فيه واختلفوا من هذا الباب في الذي يكون سببه قيامها عليه بالصداق أو النفقة مع عسره ولا فرق بينه وبين القيام بالعيب وأما الفسوخ التي ليست طلاقاً فلا خلاف أنها ليست توجب التشطير إذا كان فيها الفسخ من قبل العقد أو من قبل الصداق وبالجملة من قبل عدم موجبات الصحة وليس لها في ذلك اختيار أصلاً وأما الفسوخ الطارئة على العقد الصحيح مثل الردة والرضاع فإن لم يكن لاحدهما فيه اختياراً وكان لمادونه لم يوجب التشطير وإن كان له فيه اختيار مثل الردة أوجب التشطير والذي يقتضيه مذهب أهل الظاهر أن كل طلاق قبل البناء فواجب أن يكون فيه التنصيف سواء كان من سببها أو سببه وإن ما كان فسخاً ولم يكن طلاقاً فلا تنصيف فيه وسبب الخلاف هل هذه السنة معقولة المعنى أم ليست بمعقولة فمن قال أنها معقولة المعنى وإنما وجب لها نصف الصداق عوض ما كان لها المكان الجبر على رد سلعتها وأخذ الثمن كالحال في المشتري فلما فارق النكاح في هذا المعنى البيع جعل لها هذا عوضاً من ذلك الحق قال إذا كان الطلاق من سببها لم يكن لها شيء لأنها أسقطت ما كان لها من جبره على دفع الثمن وقبض السلعة ومن قال أنها سنة غير معقولة وأتبع ظاهر اللفظ قال يلزم التشطير في كل طلاق كان من سببها أو سببها فاما حكم ما يعرض للصداق من التغيرات قبل الطلاق فإن ذلك لا يخلو أن يكون من قبلها أو من الله فما كان من قبل الله فلا يخلو من أربعة أوجه أما أن يكون تلفاً للكل وأما أن يكون نقصاً وأما أن يكون زيادة وأما أن يكون زيادة ونقصاً معاً وما كان من قبلها فلا يخلو أن يكون تصرفاً فيها فيه بتفويت مثل البيع والعق والهبة أو يكون تصرفاً فيها في منافعها الخاصة بها أو فيما تجهز به إلى الزوجها فعند مالك أنها ماني التلف وفي الزيادة وفي النقصان شريكان وعند الشافعي أنه يرجع في النقصان والتلف عليها بالنصف ولا يرجع بنصف الزيادة وسبب اختلافهم هل تملك المرأة الصداق قبل الدخول أو الموت ملكاً مستقراً أو لا تملكه فمن قال أنها لا تملكه ملكاً مستقراً قال هما فيه شريكان ما لم تعد فتدخله في منافعها ومن قال تملكه ملكاً مستقراً والتشطير حق واجب تعيين عليها عند الطلاق وبعد استقرار الملك أوجب الرجوع عليها بجميع مذهب عندها ولم يختلفوا أنها إذا صرفته في منافعها ضامنة للنصف واختلفوا إذا اشترت به ما يصلحها للجهاز مما جرت به العادة هل يرجع عليها بنصف ما اشترته أم بنصف الصداق الذي هو الثمن فقال مالك يرجع عليها بنصف ما اشترته وقال أبو حنيفة والشافعي يرجع

عليها بنصف الثمن الذي هو الصداق واختلفوا من هذا الباب في فرع مشهور متعلق بالسماح وهو هل للاب أن يعفو عن نصف الصداق في ابنته البكر أعني إذا طلقت قبل الدخول والسيد في أمته فقال مالك ذلك له وقال أبو حنيفة والشافعي ليس بذلك له وسبب اختلافهم هو الاحتمال الذي في قوله تعالى (الآن يعفون أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح) وذلك في لفظة يعفو فأنها تنقل في كلام العرب مرة بمعنى يسقط ومرة بمعنى يهب وفي قوله الذي بيده عقدة النكاح على من يعود هذا الضمير هل على الولي أو على الزوج فن قال على الزوج جعل يعفو بمعنى يهب ومن قال على الولي جعل يعفو بمعنى يسقط وشذ قوم فقالوا لكل ولي أن يعفو عن نصف الصداق الواجب للمرأة ويشبه أن يكون هذان الاحتمالان اللذان في الآية على السواء لكن من جعله الزوج فلم يوجب حكماً أبداً في الآية أي شرعاً أبداً لان جواز ذلك معلوم من ضرورة الشرع ومن جعله الولي أما الأب وأما غيره فقتلوا شرعاً فلذلك يجب عليه أن يأتي بدليل يبين به أن الآية أظهر في الولي منها في الزوج وذلك شيء يعسر والجمهور على أن المرأة الصغيرة والمحجورة ليس لها أن تهب من صداقها النصف الواجب لها وشذ قوم فقالوا يجوز أن تهب مصير العموم قوله تعالى (الآن يعفون) واختلفوا من هذا الباب في المرأة إذا وهبت صداقها لزوجها ثم طلقت قبل الدخول فقال مالك ليس يرجع عليها بشئ وقال الشافعي يرجع عليها بنصف الصداق وسبب الخلاف هل النصف الواجب للزوج بالطلاق هو في عين الصداق أو في ذمة المرأة فن قال في عين الصداق قال لا يرجع عليها بشئ لأنه قد قبض الصداق كله ومن قال هو في ذمة المرأة قال يرجع وإن وهبته له كما لو وهبت له غير ذلك من مالها وفرق أبو حنيفة في هذه المسئلة بين القبض والقبض فقال ان قبضت فله النصف وإن لم تقبض حتى وهبت فليس له شيء كأنه رأى ان الحق في العين مالم تقبض فإذا قبضت صار في الذمة (الموضع الرابع في التفويض) وأجمعوا على أن نكاح التفويض جائز وهو أن يعقد النكاح دون صداق لقوله تعالى (لا جناح عليكم ان تطلقتم النساء مالم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة) واختلفوا من ذلك في موضعين أحدهما إذا طلبت الزوجة فرض الصداق واختلفا في القدر الموضع الثاني إذا مات الزوج ولم يفرض هل لها صداق أم لا (فاما المسئلة الاولى) وهي إذا قامت المرأة بطلب أن يفرض لها مهرًا فقالت طائفة يفرض لها مهر مثلها وليس للزوج في ذلك خيار فان طلق بعد الحكم فن هؤلاء من قال لها نصف الصداق ومنهم من قال ليس لها شيء لان أصل الفرض لم يكن في عقدة النكاح وهو قول أبي حنيفة وأصحابه وقال مالك وأصحابه الزوج بين خيار ثلاث إما ان يطلق ولا يفرض وإما ان يفرض ما تطلبه المرأة وإما ان يفرض صداق المثل ويلزمها وسبب اختلافهم أعني بين من يوجب مهر المثل من غير خيار للزوج إذا طلق بعد طلبها الفرض ومن لا يوجب اختلافهم في مفهوم قوله تعالى (لا جناح عليكم ان تطلقتم النساء مالم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة) هل هذا محمول على العموم في سقوط الصداق سواء كان سبب الطلاق اختلافهم في فرض الصداق أو لم يكن الطلاق سببه الخلاف في ذلك وأيضا فهل يفهم من رفع الجناح عن ذلك سقوط المهر في كل حال ولا يفهم ذلك فيه احتمال وإن كان الاظهر سقوطه في كل حال لقوله تعالى (ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره) ولا خلاف أعلمه في انه إذا طلق ابتداء انه ليس عليه شيء وقد كان يجب على من أوجب لها المتعة مع شطر الصداق

إذا طلق قبل الدخول في نكاح غير التفويض وأوجب لها مهر المثل في نكاح التفويض أن يوجب لها مع المتعة فيه مهر المثل لان الآية لم تتعرض بفهمها لاسقاط الصداق في نكاح التفويض وإنما تعرضت لإباحة الطلاق قبل الفرض فإن كان يوجب نكاح التفويض مهر المثل إذا طلب فواجب أن يشتر إذا وقع الطلاق كما يشتر في المسمى ولهذا قال مالك أنه ليس يلزم فيه مهر المثل مع خيار الزوج (وأما المسئلة الثانية) وهي إذا مات الزوج قبل تسمية الصداق وقبل الدخول بها فإن مالكا وأصحابه والأوزاعي قالوا ليس لها صداق ولها المتعة والميراث وقال أبو حنيفة لها صداق المثل والميراث وبه قال أحمد وداود وعن الشافعي القولان جميعا إلا أن المنصور عند أصحابه هو مثل قول مالك وسبب اختلافهم معارضة القياس للآخر أما الأثر فهو ما روي عن ابن مسعود أنه سئل عن هذه المسئلة فقال أقول فيها برأيي فإن كان صوابا فمن الله وإن كان خطأ فني أرى لها صداق امرأة من نسائها لا وكس ولا شطط وعليها العدة ولها الميراث فقام معقل بن يسار الأشجعي فقال أشهد لقضيت فيها بقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم في بروع بنت واشق خرج أبو داود والنسائي والترمذي ومعه وأما القياس المعارض لهذا فهو أن الصداق عوض فلما لم يقبض المعوض لم يحجب العوض قياسا على البيع وقال المزني عن الشافعي في هذه المسئلة إن ثبت حديث بروع فلا حجة في قول أحد مع السنة والذي قاله هو الصواب والله أعلم (الموضع الخامس في الإصدقة الفاسدة) والصداق يفسد ألامعينة وأمالصفة فيه من جهل أو عنر فالذي يفسد لعينه فثل الخمر والخنزير وما لا يجوز أن تملك والذي يفسد من قبل العذر والجهل فالأصل فيه تشبيهه بالبيع وفي ذلك خمس مسائل مشهورة (المسئلة الأولى) إذا كان الصداق خرا أو خنزيرا أو ثمرة لم يبد صلاحها أو بعيرا أشاردا فقال أبو حنيفة العقد صحيح إذا وقع وفيه مهر المثل وعن مالك في ذلك روايتان أحدهما فساد العقد وفسخه قبل الدخول وبعده وهو قول أبي عبيد والثانية أنه إن دخل ثبت ولها صداق المثل وسبب اختلافهم هل حكم النكاح في ذلك حكم البيع أم ليس كذلك فن قال حكمه حكم البيع قال يفسد النكاح بفساد الصداق كما يفسد البيع بفساد الثمن ومن قال ليس من شرط صحة عقد النكاح صحة الصداق بدليل أن ذكر الصداق ليس شرطا في صحة العقد قال بعض النكاح ويصح بصداق المثل والفرق بين الدخول وعدمه ضعيف والذي تقتضيه أصول مالك أن يفرق بين الصداق المحرم العين وبين المحرم لصفة فيه قياسا على البيع ولست أذكر الآن فيه نصا (المسئلة الثانية) واختلفوا إذا اقترن بالهر يبيع مثل أن تدفع إليه عبدا ويدفع ألف درهم عن الصداق وعن ثمن العبد ولا يسمى الثمن من الصداق فتمع مالكا وابن القاسم وبه قال أبو ثور وأجازة أشهب وهو قول أبي حنيفة وفرق عبد الله فقال إن كان الباقي بعد البيع ربع دينار فصاعدا بامر لا يشك فيه جاز واختلف فيه قول الشافعي فرة قال ذلك جائز ومرة قال فيه مهر المثل وسبب اختلافهم هل النكاح في ذلك شبهه بالبيع أم ليس بشبهه فن شبهه في ذلك بالبيع منعه ومن جوز في النكاح من الجهل ما لا يجوز في البيع قال يجوز (المسئلة الثالثة) واختلف العلماء في نكاح امرأة واشترط عليه في صداقها حياء يحبان به إلا الب علي ثلاثة أقوال فقال أبو حنيفة وأصحابه الشرط لازم والصداق صحيح وقال الشافعي المهر فاسد ولها

صداق المثل وقال مالك إذا كان الشرط عند النكاح فهو لا بنته وإن كان بعد النكاح فهو له
وسبب اختلافهم تشبيه النكاح في ذلك بالبيع فمن شبهه بالوكيل يبيع السلعة ويشترط لنفسه حياء
قال لا يجوز النكاح كالأبجوز البيع ومن جعل النكاح في ذلك مخالفاً للبيع قال يجوز وأما تفريق مالك
فلأنهم إذا كان الشرط في عقد النكاح أن يكون ذلك الذي اشترطه لنفسه نقصاً من صداق مثلها
ولم يتهمه إذا كان بعد انعقاد النكاح والاتفاق على الصداق وقول مالك هو قول عمر بن عبد العزيز
والتوري وأبي عبيد وخرج النسائي وأبو داود وعبد الرزاق عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده
قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أيما امرأة نكحت على حياء قبل عصمة النكاح فهو لها
وما كان بعد عصمة النكاح فهو لمن أعطيه وأحق ما أكرم الرجل عليه ابنته وأخته وحديث عمرو بن
شعيب مختلف فيه من قبل أنه صحفه ولكنه نص في قول مالك وقال أبو عمرو بن عبد البر إذا روت الثقات
وجب العمل به (المسئلة الرابعة) واختلفوا في الصداق يستحق أو يوجد به عيب فقال الجمهور
النكاح ثابت واختلفوا هل ترجع بالقيمة أو بالمثل واختلف في ذلك قول الشافعي فقال مرة
بالقيمة وقال مرة بغير المثل وكذلك اختلف المذهب في ذلك ف قيل ترجع بالقيمة وقيل ترجع بالمثل
قال أبو الحسن اللحفي ولو قيل ترجع بالأقل من القيمة أو صداق المثل لكان ذلك وجهاً وشذو سحون
فقال النكاح فاسد ومبني الخلاف هل يشبه النكاح في ذلك البيع أو لا يشبهه فمن شبهه قال يفسخ ومن لم
يشبهه قال لا يفسخ (المسئلة الخامسة) واختلفوا في الرجل ينكح المرأة على أن الصداق ألف
أن لم يكن له زوجة وإن كانت له زوجة فالصداق ألفان فقال الجمهور بجوازه واختلفوا في الواجب في ذلك
فقال قوم الشرط جائز ولها من الصداق بحسب ما اشترط وقالت طائفة لها مهر المثل وهو قول الشافعي
وبه قال أبو ثور إلا أنه قال أن يطلقها قبل الدخول لم يكن لها إلا المنة وقال أبو حنيفة إن كانت له امرأة
فها ألف درهم وإن لم تكن له امرأة فلها مهر مثلها ما لم يكن أكثر من ألفين أو أقل من الألف
ويخرج في هذا قول أن النكاح مفسوخ لمكان الفرار ولست أذكر إلا أن نصابها في المذهب فهذه
مشهور مسائلهم في هذا الباب وفروعه كثيرة واختلفوا فيما يعتبر به مهر المثل إذا قضى به في هذه
المواضع وما أشبهها فقال مالك يعتبر في جأها ونصابها (٧) وماها وقال الشافعي يعتبر بنساء عصبته فقط
وقال أبو حنيفة يعتبر في ذلك نساء قرابتها من العصبية وغيرهم ومبني الخلاف هل المأثلة في المنصب
فقط أو في المنصب والمال والجمال لقوله عليه الصلاة والسلام تنكح المرأة لأهلها وحسبها الحديث
(الموضع السادس في اختلاف الزوجين في الصداق) واختلفوا فيما لا يجوز أن يكون في القبض أو في القدر
أوفي الجنس أو في الوقت أعني وقت الوجوب فأما إذا اختلفا في القدر فقالت المرأة مثلاً بمائتين
وقال الزوج بمائة فإن الفقهاء اختلفوا في ذلك اختلافاً كثيراً فقال مالك إنه إن كان الاختلاف قبل
الدخول وأتى الزوج بما يشبه والمرأة بما يشبه أنهما يتحالفان ويتفاسخان وإن حلف أحدهما أو نكل
الآخر كان القول قول الخالف وإن نكلا جميعاً كان بمنزلة ما إذا حلفا جميعاً ومن أتى بما يشبه منهما كان
القول قوله وإن كان الاختلاف بعد الدخول فالقول قول الزوج وقالت طائفة القول قول الزوج مع يمينه

وبه قال أبو ثور وابن أبي ليلى وابن شبرمة وجاعة وقالت طائفة القول قول الزوجة الى مهر مثلها وقول الزوج فبازاد على مهر مثلها وقالت طائفة اذا اختلفا تحالفا ورجع الى مهر المثل ولم ترالفسخ كمالك وهو مذهب الشافعي والثوري وجاعة وقد قيل انها ترد الى صداق المثل دون معين مالم يكن صداق المثل أكثر مما ادعت وأقل مما ادعى هو واختلافهم مبنى على اختلافهم في مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام البينة على من ادعى واليمين على من أنكر هل ذلك معلل أو غير معلل فمن قال معلل قال يحلف أبداً أقواهما شبهة فان استويا تحالفا وتفاساخا ومن قال غير معلل قال يحلف الزوج لأنها تقرله بالنكاح وجنس الصداق وتدعى عليه قدر ازاداً فهو مدعى عليه وقيل أيضاً يتحالفان أبداً لأن كل واحد منهما مدعى عليه وذلك عند من لم يراع الاشياء واخلاف في ذلك في المذهب ومن قال القول قولها الى مهر المثل والقول قوله فبازاد على مهر المثل رأى أنهما لا يستويان أبداً في الدعوى بل يكون أحدهما ولا بد أقوى شبهة وذلك انه لا يتخول دعواها من أن يكون فيما يعادل صداق مثلها فادونه فيكون القول قولها أو يكون فيما فوق ذلك فيكون القول قوله وسبب اختلاف مالك والشافعي في التفاسخ بعد التحالف والرجوع الى صداق المثل هو هل يشبه النكاح بالبيع في ذلك أم ليس يشبه فمن قال يشبهه قال بالتفاسخ ومن قال لا يشبهه لأن الصداق ليس من شرط صحة العقد قال بصداق المثل بعد التحالف وكذلك من زعم من أصحاب مالك أنه لا يجوز لهما بعد التحالف أن يراضيا على شيء ولأن يرجع أحدهما الى القول الآخر ويرضى به فهو في غاية الضعف ومن ذهب الى هذا فأنما يشبهه بالعان وهو تشبيه ضعيف مع أن وجود هذا الحكم للعان مختلف فيه وأما اذا اختلفا في القبض فقالت الزوجة لم أقبض وقال الزوج قد قبضت فقال الجمهور القول قول المرأة الشافعي والثوري وأحمد وأبو ثور وقال مالك القول قولها قبل الدخول والقول قوله بعد الدخول وقال بعض أصحابه إنما قال ذلك مالك لأن العرف بالمدينة كان عندهم أن لا يدخل الزوج حتى يدفع الصداق فان كان بلد ليس فيه هذا العرف كان القول قولها أبداً والقول بأن القول قولها أبداً أحسن لانها مدعى عليها وليكن مالك راعى قوة الشبهة التي له اذا دخل بها الزوج واختلاف أصحاب مالك اذا طال الدخول هل يكون القول قوله بيمين أو بغير يمين وبيمين أحسن وأما اذا اختلفا في جنس الصداق فقال هو مثلاً زوجتك على هذا العبد وقالت هي زوجتك على هذا الثوب فالشهور في المذهب أنهما يتحالفان ويتفاسخان ان كان الاختلاف قبل البناء وان كان بعد البناء ثبت وكان له صداق المثل مالم يكن أكثر مما ادعت وأقل مما اعترف به وقال ابن القصار يتحالفان قبل الدخول والقول قول الزوج بعد الدخول وقال أصبغ القول قول الزوج ان كان يشبه سواء أشبهه قولهما أو لم يشبهه فان لم يشبهه قول الزوج فان كان قولها مشبهها كان القول قولها وان لم يكن قولها مشبهها تحالفا وكان له صداق المثل وقول الشافعي في هذه المسئلة مثل قوله عند اختلافهم في القدر أعنى يتحالفان ويترجعان الى مهر المثل وسبب قول الفقهاء بالتفاسخ في البيع ستعرف أصله في كتاب البيوع ان شاء الله وأما اختلافهم في الوقت فانه يتصور في الكالء والذي يجيء على أصل قول مالك فيه في المشهور عنه ان القول في الأجل قول الغارم قياساً على البيع وفيه خلاف ويتصور أيضاً متى يجب هل قبل الدخول أو بعده فمن شبه النكاح بالبيوع قال لا يجب الا بعد الدخول قياساً على البيع اذ لا يجب الثمن على المشتري الا بعد قبض السلعة

ومن رأى أن الصداق عبادة يشترط في الحلبة قال يجب قبل الدخول ولذلك استحب مالك أن يقدم الزوج قبل الدخول شيئاً من الصداق (الركن الثالث في معرفة محل العقد) وكل امرأة فأنها تحل في الشرع بوجهين إما بنكاح أو بملك يمين والموانع الشرعية بالجملة تنقسم أولاً إلى قسمين موانع مؤبدة وموانع غير مؤبدة والموانع المؤبدة تنقسم إلى متفق عليها ومختلف فيها فالتفريق عليها ثلاث نسب وصهر ورضاع واختلف فيها الزنا واللعان والغير مؤبدة تنقسم إلى تسعة أحدها مانع العدد والثاني مانع الجمع والثالث مانع الرق والرابع مانع الكفر والخامس مانع الاحرام والسادس مانع المرض والسابع مانع العدة على اختلاف في عدم تأييده والثامن مانع التطليق ثلاثاً للطلق والتاسع مانع الزوجية فالوأنع الشرعية بالجملة أربعة عشر مانعاً في هذا الباب أربعة عشر فصلاً

﴿ الفصل الأول في موانع النسب ﴾

واتفقوا على أن النساء اللاتي يحرم من قبل النسب السبع المذكورات في القرآن الأمهات والبنات والأخوات والعمات واخالات وبنات الأخ وبنات الأخت واتفقوا على أن الأم ههنا اسم لكل أنثى لها عليك ولادة من جهة الام أو من جهة الاب والبنات اسم لكل أنثى لك عليها ولادة من قبل الابن أو من قبل البنت أو مباشرة وأما الاخت فهي اسم لكل أنثى شاركته في أحد أصليكم أو مجموعيكم أعنى الأب أو الأم أو كليهما والعمة اسم لكل أنثى هي أخت لأبيك أو لذكره عليك ولادة وأما الخالة فهي اسم لأخت أمك أو أخت كل أنثى لها عليك ولادة وبنات الأخ اسم لكل أنثى لأخيك عليها ولادة من قبل أمها أو من قبل أبيها أو مباشرة وبنات الأخت اسم لكل أنثى لأختك عليها ولادة مباشرة أو من قبل أمها أو من قبل أبيها فهؤلاء الأعيان السبع محرمات ولا خلاف أعلمه في هذه الجملة والأصل فيها قوله تعالى (حرمت عليكم) إلى آخر الآية وأجمعوا على أن النسب الذي يحرم الوطء بنكاح يحرم الوطء بملك العيين

﴿ الفصل الثاني في المصاهرة ﴾

وأما المحرمات بالمصاهرة فانهن أربع زوجات الآباء والأصل فيه قوله تعالى (ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء) الآية وزوجات الأبناء والأصل في ذلك أيضاً قوله تعالى (وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم) وأمهات النساء أيضاً والأصل في ذلك قوله تعالى (وأمهات نسائكم) وبنات الزوجات والأصل فيه قوله تعالى (وربائكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن) فهؤلاء الأربع اتفق المساهون على تحريم اثنين منهن بنفس العقد وهو تحريم زوجات الآباء والأبناء وواحدة بالدخول وهي ابنة الزوجة واختلفوا منها في موضعين أحدهما هل من شرطها أن تكون في حجر الزوج والثانية هل تحرم بالمباشرة للام للذة أو بالوطء وأما أم الزوجة فانهم اختلفوا هل تحرم بالوطء أو بالعقد على البنت فقط واختلفوا أيضاً من هذا الباب في مستلثة رابعة وهي هل يوجب الزنا من هذا التحريم ما يوجب النكاح الصحيح والنكاح بشبهة فهذا أربع مسائل (المسئلة الأولى) وهي هل من شرط تحريم بنت الزوجة أن تكون في حجر الزوج أم ليس ذلك من شرطه فان الجمهور على أن ذلك ليس من شرط التحريم وقال داود ذلك من شرطه ومبنى الخلاف هل قوله تعالى (اللاتي في حجوركم) وصفه تأثير في الحرمة أو ليس له تأثير وإنما خرج مخرج الموجود ألا أكثر فن قال خرج مخرج الموجود ألا أكثر وليس هو شرطاً

في الرائب اذ غرق في ذلك بين التي في حجره أو التي ليست في حجره قال يحرم الريبة باطلاق ومن جعله شرطاً غير معقول المعنى قال لا تحرم الا اذا كانت في حجره (المسئلة الثانية) وأما هل يحرم البنت بمباشرة الأم فقط أو بالوطء فانهم اتفقوا على أن حرمتها بالوطء واختلفوا فيما دون الوطء من اللبس والنظر الى الفرج شهوة أو لغير شهوة هل ذلك يحرم أم لا فقال مالك والثوري وأبو حنيفة والاوزاعي والليث بن سعد ان اللبس شهوة يحرم الأم وهو أحد قولي الشافعي وقال داود والمزني لا يحرمها الا بالوطء وهو أحد قولي الشافعي المختار عنده والنظر عند مالك كاللس إذا كان نظر تلذذ الى أى عضو كان وفيه عنه خلاف ووافقه أبو حنيفة في النظر الى الفرج فقط وحل الثوري النظر يحمل اللبس ولم يشترط اللذة وخالفهم في ذلك ابن أبي ليلى والشافعي في أحد قولي فلم يوجب في النظر شيئاً وأوجب في اللبس ومبنى الخلاف هل المفهوم من اشتراط الدخول في قوله تعالى (اللا في دخلتم بهن) الوطء أو التلذذ بمادون الوطء فان كان التلذذ فهل يدخل فيه النظر أم لا (المسئلة الثالثة) وأما الأم فذهب الجمهور من كافة فقهاء الأمصار الى أنها تحرم بالعقد على البنت دخل بها ولم يدخل وذهب قوم الى أن الأم لا تحرم الا بالدخول على البنت كالحال في البنت أعني أنها لا تحرم الا بالدخول على الأم وهو مروى عن علي وابن عباس رضى الله عنهما من طرق ضعيفة ومبنى الخلاف هل الشرط في قوله تعالى (اللا في دخلتم بهن) يعود الى أقرب مذكور وهم الرائب فقط أو الى الرائب والأمهات المذكورات قبل الرائب في قوله تعالى (وأمهات نسائك وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائك اللاتي دخلتم بهن) فانه يحتمل أن يكون قوله اللاتي دخلتم بهن يعود على الأمهات والبنات ويحتمل أن يعود الى أقرب مذكور وهم البنات ومن الحجة للجمهور ما روى المثنى بن الصباح عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي عليه الصلاة والسلام قال لا يمارج رجل نسك امرأة فتدخل بها ولم يدخل فلا تحل لها معها (وأم المسئلة الرابعة) فاختلفوا في الزنا هل يوجب من التحريم في هؤلاء ما يوجب الوطء في نكاح صحيح أو بشبهة أعني الذي يدرأ فيه الحد فقال الشافعي الزنا بالمرأة لا يحرم نكاح أمها ولا ابتها ولا نكاح أبي الزاني لها ولا ابنه وقال أبو حنيفة والثوري والاوزاعي يحرم الزنا ما يحرم النكاح وأما مالك في الموطأ عنه مثل قول الشافعي أنه لا يحرم وروى عنه ابن القاسم مثل قول أبي حنيفة أنه يحرم وقال سعدون أصحاب مالك يخالفون ابن القاسم فيها ويذهبون الى ما في الموطأ وقد روى عن الليث أن الوطء بشبهة لا يحرم وهو شاذ وسبب الخلاف الاشتراك في اسم النكاح أعني في دلالة على المعنى الشرعي والغوى فن راعى الدلالة اللغوية في قوله تعالى (ولا تنكحوا ما نكح آبؤكم) قال يحرم الزنا ومن راعى الدلالة الشرعية قال لا يحرم الزنا ومن علل هذا الحكم بالحرمة التي بين الأم والبنت وبين الأب والابن قال يحرم الزنا أيضاً ومن شبه بالنسب قال لا يحرم لاجتماع الأكثر على أن النسب لا يلحق بالزنا واتفقوا فيما حكى ابن المنذر على أن الوطء بملك اليمين يحرم منه ما يحرم الوطء بالنكاح واختلفوا في تأثير المباشرة في ملك اليمين كما اختلفوا في النكاح

﴿ الفصل الثالث في مانع الرضاع ﴾

واتفقوا على أن الرضاع بالجملة يحرم منه ما يحرم من النسب أعني أن المرضعة تنزل منزلة الأم فتحرم على المرضع هي وكل من يحرم على الابن من قبل أم النسب واختلفوا من ذلك في مسائل كثيرة القواعد

منها تسع احداها في مقدار المحرم من اللبن والثانية في سن الرضاع والثالثة في حال المرضع في ذلك الوقت عند من يشترط للرضاع المحرم وقتا خاصا والرابعة هل يعتبر فيه وصوله برضاع والتقام الثدي أولا يعتبر والخامسة هل يعتبر فيه المخاططة أم لا يعتبر والسادسة هل يعتبر فيه الوصول من الحلق أولا يعتبر والسابعة هل ينزل صاحب اللبن أعنى الزوج من المرضع منزلة أب وهو الذى يسمونه لبن الفعل أم ليس ينزل منه بمنزلة أب والثامنة الشهادة على الرضاع والتاسعة صفة المرضعة (المسئلة الاولى) أما مقدار المحرم من اللبن فان قوما قالوا فيه بعدم التحديد وهو مذهب مالك وأصحابه وروى عن علي وابن مسعود وهو قول ابن عمر وابن عباس وهو لا يحرم عندهم أى قدر كان وبه قال أبو حنيفة وأصحابه والثوري والأوزاعي وقالت طائفة بتحديد القدر المحرم وهو لاء انقسموا اثلاث فرق فقالت طائفة لا تحرم المصة ولا المصتان وتحرم الثلاث رضعات فما فوقها وبه قال أبو عبيد وأبو ثور وقالت طائفة المحرم خمس رضعات وبه قال الشافعي وقالت طائفة عشر رضعات والسبب في اختلافهم في هذه المسئلة ارضة عموم الكتاب للاحاديث الواردة في التحديد ومعارضة الاحاديث في ذلك بعضها بعضا فاما عموم الكتاب فقوله تعالى (وأما حكم اللائى أرضعنكم) الآية وهذا يقتضى ما ينطلق عليه اسم الارضاع والاحاديث المتعارضة في ذلك راجعة الى حديثين في المعنى أحدهما حديث عائشة وفى معنى أنه قال عليه السلام لا تحرم المصة ولا المصتان أو الرضعة والرضعتان خرجه مسلم من طريق عائشة ومن طريق أم الفضل ومن طريق ثالث وفيه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تحرم الاملاجة ولا الاملاجتان والحديث الثانى حديث سهل فى سالم أنه قال لما صلى الله عليه وسلم أرضعته خمس رضعات وحديث عائشة فى هذا المعنى أيضا قالت كان فيما نزل من القرآن عشر رضعات معلومات ثم نسخن بخمس معلومات فتوى رسول الله صلى الله عليه وسلم وهن مما يقرأ من القرآن فمن رجح ظاهر القرآن على هذه الاحاديث قال يحرم المصة والمصتان ومن جعل الاحاديث مفسرة للآية وجع بينها وبين الآية ورجح مفهوم دليل الخطاب فى قوله عليه السلام لا تحرم المصة ولا المصتان على مفهوم دليل الخطاب فى حديث سالم قال الثلاثة فما فوقها هى التى تحرم وذلك أن دليل الخطاب فى قوله لا تحرم المصة ولا المصتان يقتضى أن ما فوقها يحرم ودليل الخطاب فى قوله أرضعته خمس رضعات يقتضى أن مادونها لا يحرم والنظر فى ترجيح أحد دليلي الخطاب (المسئلة الثانية) واتفقوا على أن الرضاع يحرم فى الحولين واختلّفوا فى رضاع الكبير فقال مالك وأبو حنيفة والشافعي وكافة الفقهاء لا يحرم رضاع الكبير وذهب داود وأهل الظاهر الى أنه يحرم وهو مذهب عائشة ومذهب الجمهور وهو مذهب ابن مسعود وابن عمر وأبى هريرة وابن عباس وسائر أزواج النبي عليه السلام وسبب اختلافهم تعارض الآثار فى ذلك وذلك انه ورد فى ذلك حديثان أحدهما حديث سالم وقد تقدم والثانى حديث عائشة خرجه البخارى ومسلم قالت دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم وعندي رجل فاشتد ذلك عليه ورأيت الغضب فى وجهه فقلت يا رسول الله انه أخى من الرضاعة فقال عليه الصلاة والسلام انظرن من اخوانك من الرضاعة فان الرضاعة من الجماعة فمن ذهب الى ترجيح هذا الحديث قال لا يحرم اللبن الذى لا يقوم للرضع مقام الغذاء الا أن حديث سالم نازلة فى عين وكان سائر أزواج النبي صلى الله عليه وسلم يرون ذلك رخصة لسلام ومن رجح حديث سالم وعمل

حديث عائشة بانها لم تعمل به قال يحرم رضاع الكبير (المسئلة الثالثة) واختلفوا اذا استغنى المولود بالغذاء قبل الحولين وطم ثم أرضعته امرأة فقال مالك لا يحرم ذلك الرضاع وقال أبو حنيفة والشافعي ثبتت الحرمة به وسبب اختلافهم اختلافهم في مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام فأنما الرضاعة من الجماعة فانه يحتمل أن يريد بذلك الرضاع الذي يكون في سن الجماعة كيفما كان الطفل وهو سن الرضاع ويحتمل أن يريد اذا كان الطفل غير مغموم فان طعم في بعض الحولين لم يكن رضاعا من الجماعة فالاختلاف آيل الى أن الرضاع الذي سببه الجماعة والافتقار الى اللبن هل يعتبر فيه الافتقار الطبيعي للاطفال وهو الافتقار الذي سببه سن الرضاع أو افتقار المرضع نفسه وهو الذي يرتفع بالطم ولكنه موجود بالطبع والقائون بتأثير الارضاع في مدة الرضاع سواء من اشترط منهم (٢) الفطام أو لم يشترطه اختلفوا في هذه المدة فقال هذه المدة حولان فقط وبه قال زفر واستحسن مالك التحريم في الزيادة اليسيرة على العامين وفي قول الشهرعنه وفي قول عنه الى ثلاثة أشهر وقال أبو حنيفة حولان وستة شهور وسبب اختلافهم ما يظن من معارضة آية الرضاع لحديث عائشة المتقدم وذلك أن قوله تعالى (والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين) يوهن أن مازاد على هذين الحولين ليس هو رضاع جماعة من اللبن وقوله عليه الصلاة والسلام انما الرضاعة من الجماعة يقتضي عمومها أن مادام الطفل غذاؤه اللبن ان ذلك الرضاع محرم (المسئلة الرابعة) وأما هل يحرم الوجور واللود وبالجملة ما يصل الى الحلق من غير رضاع فان مالكا قال يحرم الوجور واللود وقال عطاء ودود لا يحرم وسبب اختلافهم هل المعتبر وصول اللبن كيفما وصل الى الجوف أو وصوله على الجهة المعتادة فمن راعى وصوله على الجهة المعتادة وهو الذي ينطلق عليه اسم الرضاع قال لا يحرم الوجور واللود ومن راعى وصول اللبن الى الجوف كيفما وصل قال يحرم (المسئلة الخامسة) وأما هل من شرط اللبن المحرم اذا وصل الى الحلق أن يكون غير مغايط لغيره فانهم اختلفوا في ذلك أيضا فقال ابن القاسم اذا استهلك اللبن في ماء أو غيره ثم سقيه الطفل لم تقع الحرمة وبه قال أبو حنيفة وأصحابه وقال الشافعي وابن حبيب ومطرف وابن الماجشون من أصحاب مالك تقع به الحرمة بمنزلة ما لو انفرد اللبن أو كان مختلطاً لم يذهب عينه وسبب اختلافهم هل يبقى اللبن حكم الحرمة اذا اختلط بغيره أم لا يبقى به حكمها كالحال في النجاسة اذا خالطت الحلال الطاهر والأصل المعتبر في ذلك انطلاق اسم اللبن عليه كالماء هل يطهر اذا خالطه شيء طاهر (المسئلة السادسة) وأما هل يعتبر فيه الوصول الى الحلق أو لا يعتبر فانه يشبه أن يكون هذا هو سبب اختلافهم في السعوط باللبن والحفنة به ويشبه أن يكون اختلافهم في ذلك لموضع الشك هل يصل اللبن من هذه الاعضاء أو لا يصل (المسئلة السابعة) وأما هل يصير الرجل الذي له اللبن أعني زوج المرأة أو بالرضع حتى يحرم بينهما ومن قبلها ما يحرم من الآباء والأبناء الذين من النسب وهي التي يسمونها لبن الفحل فانهم اختلفوا في ذلك فقال مالك وأبو حنيفة والشافعي وأحمد والأوزاعي والثوري وابن الفحل يحرم وقالت طائفة لا يحرم لبن الفحل وبالأزّل قال عليّ وابن عباس وبالقول الثاني قالت عائشة وابن الزبير وابن عمر وسبب اختلافهم (٣) قوله الفطام هكذا بالنسخ ولعله عدم الفطام لأنه لم يشترط أحد الفطام في التحريم بل مالك اشترط عدم الفطام تأمل اه مصحح

معارضة ظاهر الكتاب لحديث عائشة المشهور أعني آية الرضاع وحديث عائشة هو قالت جاء أفلح أخو أبي القعيس يستأذن عليّ بعد أن أزل الحجاب فأبيت أن أذن له وسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال انه عمك فأذني له فقالت يا رسول الله انما أرضعتني المرأة ولم يرضني الرجل فقال انه عمك فليجلب عليك خرجه البخاري ومسلم ومالك فمن رأى ان ما في هذا الحديث شرع زائده على ما في الكتاب وهو قوله تعالى (وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة) وعلى قوله صلى الله عليه وسلم يحرّم من الرضاعة ما يحرّم من الولادة قال ابن الفحل يحرم ومن رأى أن آية الرضاع وقوله يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة انما ارد على جهة التأصيل لحكم الرضاع اذ لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة قال ذلك الحديث ان عمل بمقتضاه أوجب أن يكون ناسخا لهذه الأصول لأن الزيادة المغيرة للحكم ناسخة مع أن عائشة لم يكن منذهبها التحريم بل بن الفعل وهي الراوية للحديث ويصعب رد الأصول المنتشرة التي يقصد بها التأصيل والبيان عند وقت الحاجة بالأحاديث النادرة وبخاصة التي تكون في عين ولدك قال عمر رضي الله عنه في حديث فاطمة بنت قيس لا تترك كتاب الله لحديث امرأة (المسئلة الثامنة) وأما الشهادة على الرضاع فان قوما قالوا لا تقبل فيه الاشهادة امرأتين وقوما قالوا لا تقبل فيه الاشهادة أربع وبه قال الشافعي وعطاء وقوم قالوا تقبل فيه شهادة امرأة واحدة والذين قالوا تقبل فيه شهادة امرأتين منهم من اشترط في ذلك فشو قوه بما بذلك قبل الشهادة وهو منذهب مالك وابن القاسم ومنهم من لم يشترطه وهو قول مطرف وابن الماجشون والذين أجازوا أيضا شهادة امرأة واحدة منهم من لم يشترط فشو قوه بما قبل الشهادة وهو منذهب أبي حنيفة ومنهم من اشترط ذلك وهي رواية عن مالك وقروى عنه أنه لا يجوز فيه شهادة أقل من اثنتين والسبب في اختلافهم أما بين الأربع والاثنتين فاختلافهم في شهادة النساء هل عدل كل رجل هو امرأتان فباليس يمكن فيه شهادة الرجل أو يكفي في ذلك امرأتان وسنأتي هذه المسئلة في كتاب الشهادات ان شاء الله تعالى وأما اختلافهم في قبول شهادة المرأة الواحدة فمخالفة الاثر الوارد في ذلك للأصل المجمع عليه أعني انه لا يقبل من الرجال أقل من اثنتين وأن حال النساء في ذلك اما أن يكون أضعف من حال الرجال واما أن تكون أحوالهم في ذلك مساوية للرجال والاجماع منعقد على أنه لا يقضى بشهادة واحدة والامر الوارد في ذلك هو حديث عقبة بن الحارث قال يا رسول الله اني تزوجت امرأة فأنت امرأة فقالت قد أرضعتكما فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم كيف وقد قيل دعها عنك وجل بعضهم هذا الحديث على التذب جعائنه وبين الأصول وهو أشبه وهي رواية عن مالك (المسئلة التاسعة) وأما صفة الرضعة فانهم اتفقوا على أنه يحرم لبن كل امرأة بالغ وغير بالغ واليايسة من الحيض كان لها زوج أو لم يكن حاملا كانت أو غير حامل وشذب بعضهم فأوجب حرمة اللبن للرجل وهذا غير موجود فضلا عن أن يكون له حكم شرعي وان وجد فليس لبنا الا باشتراك الاسم واختلاف من هذا الباب في لبن الميتة وسبب الخلاف هل يتناولها العموم أو لا يتناولها ولابن الميتة ان وجد لها الا باشتراك الاسم ويكاد أن تكون مسئلة غير واقعة فلا يكون لها وجود الا في القول

❦ الفصل الرابع في مانع الزنا ❦

واختلفوا في زواج الزانية فأجازها الجمهور ومنعها قوم وسبب اختلافهم اختلافهم في مفهوم قوله تعالى

(والزانية لا ينكحها الا زمان ومشارك وحرم ذلك على المؤمنين) هل خرج مخرج الدم أو مخرج
 الحریم وهل الإشارة في قوله وحرم ذلك على المؤمنين الى الزنا أو الى النكاح وانما صار الجمهور لجل الآية
 على الدم لا على التحريم لمجاها في الحديث ان رجلا قال للنبي صلى الله عليه وسلم في زوجته انها لا ترد به
 لأمس فقال له النبي عليه الصلاة والسلام طلقها فقال له اني أحبها فقال له فامسكها وقال قوم أيضا ان الزنا
 يفسخ النكاح بناء على هذا الاصل وبه قال الحسن وأما زواج الملاعنة من زوجها الملاعن فسنذكرها
 في كتاب اللعان

﴿ الفصل الخامس في مانع العدد ﴾

واتفق المسلمون على جواز نكاح أربعة من النساء معا وذلك للاحرار من الرجال واختلفوا في موضعين
 في العيب وفيما فوق الأربع أما العيب فقال مالك في المشهور عنه يجوز له أن ينكح أر بعابه قال أهل
 الظاهر وقال أبو حنيفة والشافعي لا يجوز له الجمع الا بين اثنتين فقط وسبب اختلافهم هل العيوبية لها تأثير
 في اسقاط هذا العدد كما لها تأثير في اسقاط نصف الحد الواجب على الحر في الزنا وكذلك في الطلاق عيب
 من رأى ذلك وذلك ان المسلمين اتفقوا على تنصيف حده في الزنا أعني ان حده نصف حد الحر واختلفوا
 في غير ذلك وأما ما فوق الأربع فان الجمهور على انه لا تجوز الخامسة لقوله تعالى (فانكحوا ما طاب لكم
 من النساء مثنى وثلاث ورباع) ولاروى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال لغيلان لما أسلم ويحتمه عشر
 نسوة أمسك أر بعافارق سائرهن وقالت فرقة يجوز تسع ويشبه أن يكون من أجاز التسع ذهب مذهب
 الجمع في الآية المذكورة أعني جمع الاعداد في قوله تعالى (مثنى وثلاث ورباع)

﴿ الفصل السادس في مانع الجمع ﴾

واتفقوا على انه لا يجمع بين الاختين بعقد نكاح لقوله تعالى (وأن تجمعوا بين الاختين) واختلفوا
 في الجمع بينهما بملك اليمين والفقهاء على منعه وذهبت طائفة الى اباحة ذلك وسبب اختلافهم معارضة
 عموم قوله تعالى (وأن تجمعوا بين الاختين) لعموم الاستثناء في آخر الآية وهو قوله تعالى (الا ما ملكت
 أيما نكح) وذلك أن هذا الاستثناء يحتمل أن يعود لا قرب مذكور ويحتمل أن يعود لجميع ما تضمنته
 الآية من التحريم اما موقع الاجماع على انه لا تأثير له فيه فيخرج من عموم قوله تعالى (وأن تجمعوا
 بين الاختين) ملك اليمين ويحتمل أن لا يعود الا الى أقرب مذكور فينبغي قوله (وأن تجمعوا بين الاختين
 على عمومهما ولا سيما ان علنا ذلك بعلة الاخوة أو بسبب موجود فيهما واختلاف الذين قالوا بالملك في ملك
 اليمين اذا كانت أحدهما بنكاح والاخرى بملك يمين فنعنه مالك وأبو حنيفة وأجازة الشافعي وكذلك
 اتفقوا فيما أعلم على تحريم الجمع بين المرأة وعمتها وبين المرأة وخالتها ثبت ذلك عنه عليه الصلاة والسلام
 من حديث أبي هريرة وتواتره عنه عليه الصلاة والسلام من انه قال عليه الصلاة والسلام لا يجمع
 بين المرأة وعمتها ولا بين المرأة وخالتها واتفقوا على أن العمة ههنا هي كل أخت لذكره عليك ولادة
 اما بنفسه واما بواسطة ذكر آخر وان الحالة هي كل أخت لذكره عليك ولادة اما بنفسها
 واما بتوسط أختي غيرها وهن الحرات من قبل الام واختلفوا هل هذا من باب الخاص أو يريده الخاص
 أم هو من باب الخاص أو يريده العام والذين قالوا هو من باب الخاص أريد به العام اختلفوا أي عام هو
 المقصود به فقال قوم وهم الأكثر وعليه الجمهور من فقهاء الامصار هو خاص أو يريده الخاص فقط

وان التحريم لا يتعدى الى غير من نص عليه وقال قوم هو خاص والمراد به العموم وهو الجع بين كل امرأتين بينهما رحم محرمة أو غير محرمة فلا يجوز الجمع عند هؤلاء بين ابنتي عم أو عمّة ولا بين ابنتي خال أو خالة ولا بين المرأة و بنت عمها أو بنت عمتها ولا بينها وبين بنت خالتها وقال قوم انما يحرم الجمع بين كل امرأتين بينهما قرابة محرمة أعني لو كان أحدهما ذكرا والآخر أنثى لم يجوز لهما أن يتناكحا ومن هؤلاء من اشترط في هذا المعنى ان يعتبر هذا من الطرفين جميعا أعني اذا جعل كل واحد منهما ذكرا والآخر أنثى فلم يجوز لهما أن يتناكحا فهو لا يحل الجمع بينهما وأما ان جعل في أحد الطرفين ذكر فيحرم التزويج ولم يحرم من الطرف الآخر فان الجمع يجوز كالحال في الجمع بين امرأة الرجل وابنته من غيرهما فانه ان وضعنا البنت ذكر لم يحل نكاح المرأة منه لأنها زوج أبيه وان جعلنا المرأة ذكرا حل لها نكاح ابنة الزوج لأنها تكون ابنة لاجنبي وهذا القانون هو الذي اختاره أصحاب مالك وأولئك يمنعون الجمع بين زوج الرجل وابنته من غيرها

﴿ الفصل السابع في موانع الرق ﴾

وانفقوا على أنه يجوز العبد ان ينكح الامة وللحرة أن تنكح العبد اذ ارضيت بذلك هي وأولياؤها واختلفوا في نكاح الحر الامة فقال قوم يجوز باطلاق وهو المشهور من مذهب ابن القاسم وقال قوم لا يجوز الا بشرطين عدم الطول وخوف العنت وهو المشهور من مذهب مالك وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي والسبب في اختلافهم معارضة دليل الخطاب في قوله تعالى (ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح) الآية العموم قوله (وأنكحوا الايامي منكم والصالحين) الآية وذلك ان مفهوم دليل الخطاب في قوله تعالى (ومن لم يستطع منكم طولا) الآية يقتضي أنه لا يحل نكاح الامة الا بشرطين أحدهما عدم الطول الى الحرية والثاني خوف العنت وقوله تعالى (وأنكحوا الايامي منكم) يقتضي بعمومه انكاحهن من حر أو عبد واحدا كان الحر أو غير واحد خائفا للعنت أو غير خائف لكن دليل الخطاب أقوى ههنا والله أعلم من العموم لأن هذه العموم لم يتعرض فيه الى صفات الزوج المشترطة في نكاح الامة وانما المقصود به الأمر بانكاحهن ولا يجبرن على النكاح وهو أيضا محمول على النكاح عند الجمهور مع ما في ذلك من ارقاق الرجل ولده واختلفوا من هذا الباب في فرعين مشهورين أعني الذين لم يجزوا النكاح الا بالشروط المنصوص عليهما أحدهما اذا كانت تحت حرة هل هي طول أو ليست بطول فقال أبو حنيفة هي طول وقال غيره ليست بطول وعن مالك في ذلك القولان والمسئلة الثانية هل يجوز لمن وجد فيه هذان الشرطان نكاح أكثر من أمة واحدة ثلاثاً وأربع أو ثنتين فمن قال اذا كانت تحت حرة فليس يخاف العنت لأنه غير عزب قال اذا كانت تحت حرة لم يجز له نكاح الامة ومن قال خوف العنت انما يعتبر باطلاق سواء كان عزباً أو متاً هلاً لأنه قد لا تكون الزوجة الاولى مانعة من العنت وهو لا يقدر على حرة تمتعه من العنت فلهذا أن ينكح أمة لأن حاله مع هذه الحرية في خوف العنت كحاله قبلها وبخاصة اذا خشي العنت من الامة التي يريد نكاحها وهذا بعينه هو السبب في اختلافهم هل ينكح أمة ثانية على الامة الاولى أو لا ينكحها وذلك ان من اعتبر خوف العنت مع كونه عزباً اذا كان اخوف على العزب أكثر قال لا ينكح أكثر من أمة واحدة ومن اعتبره مطلقاً قال ينكح أكثر من أمة واحدة وكذلك يقول انه ينكح على الحرية واعتباره مطلقاً في نظرنا واذا قلنا ان له

أن يتزوج على الحرية أمة فتزوجها بغير إذنها فهل لها الخيار في البقاء معه أو في فسخ النكاح اختلف في ذلك قول مالك واختلفوا اذا وجد طولابحرة هل يفارق الامة أم لا ولم يختلفوا انه اذا ارتفع عنه خوف العنت أنه لا يفارقها أعنى أصحاب مالك واتفقوا من هذا الباب على أنه لا يجوز أن تنكح المرأة من ملكنه وانها اذا ملكت زوجها انفسخ النكاح

﴿ الفصل الثامن في مانع الكفر ﴾

واتفقوا على أنه لا يجوز للسل أن ينكح الوثنية لقوله تعالى (ولا تمسكوا بعصم الكوافر) واختلفوا في نكاحها بالملك واتفقوا على أنه يجوز أن ينكح الكأية الحرية الاماروي في ذلك عن ابن عمر واختلفوا في احلال الكأية الامة بالنكاح واتفقوا على احلالها بملك اليمين والسبب في اختلافهم في نكاح الوثنيات بملك اليمين معارضة عموم قوله تعالى (ولا تمسكوا بعصم الكوافر) وعموم قوله تعالى (ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن) لعموم قوله (والمحصنات من النساء الامالكت أيمانكم) وهن المسيبات وظاهر هذا يقتضي العموم سواء كانت مشركة أو كأية والجمهور على منعها والجواز قال طائوس ومجاهد ومن الحجّة لهم ماروي من نكاح المسيبات في غزوة أو طاس اذا استأذنوه في العزل فأذن لهم واما صار الجمهور لجواز نكاح الكأيات الاحرار بالعد لأن الأصل بناء اخصوص على العموم أعنى ان قوله تعالى (والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب) هو اخصوص وقوله (ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن) هو عموم فاستثنى الجمهور اخصوص من العموم ومن ذهب الى تحريم ذلك جعل العام ناسخا لخاص وهو مذهب بعض الفقهاء وانما اختلفوا في احلال الامة الكأية بالنكاح لمعارضة العموم في ذلك القياس وذلك ان قياسها على الحرية يقتضي اباحة تزويجها وباقي العموم اذا استثنى منه الحرية يعارض ذلك لأنه يوجب تحريمها على قول من يرى أن العموم اذا اخصص بقي الباقي على عمومه فن اخصص العموم الباقي بالقياس ولم ير الباقي من العموم المخصص عموما قال يجوز نكاح الامة الكأية ومن رجح باقي العموم بعد التخصيص على القياس قال لا يجوز نكاح الامة الكأية وهنا أيضا سبب آخر لاختلافهم وهو معارضة دليل الخطاب للقياس وذلك ان قوله تعالى (من فتياتكم المؤمنات) يوجب أن لا يجوز نكاح الامة الغير مؤمنة بدليل الخطاب وقياسها على الحرية يوجب ذلك والقياس^(٧) من كل جنس يجوز فيه النكاح بالتزويج ويجوز فيه النكاح بملك اليمين أصله المسلمات والطائفة الثانية أنه ثم لم يجز نكاح الامة المسلمة بالتزويج الا بشرط فاسر ان لا يجوز نكاح الامة الكأية بالتزويج وانما اتفقوا على احلالها بملك اليمين لعموم قوله تعالى (الامالكت أيمانكم) ولا جاعهم على أن السبي يحل المسيبة الغير متزوجة وانما اختلفوا في المتزوجة هل يهدم السبي يهدم نكاحها وان هدم فتى يهدم فقال قوم ان سببا معاً أعنى الزوج والزوجة لم يفسخ نكاحهما وان سبي أحدهما قبل الآخر انفسخ النكاح وبه قال أبو حنيفة وقال قوم بل السبي يهدم سببا معاً أو سبي أحدهما قبل الآخر وبه قال الشافعي وعن مالك قولان أحدهما أن السبي لا يهدم النكاح أصلاً والثاني انه يهدم باطلاق مثل قول الشافعي والسبب في اختلافهم هل يهدم

(٧) قوله والقياس الى قوله وانما اتفقوا هو زائد ببعض النسخ الخطية والمصرية وفيه خفاء فليتأمل في معناه اه مصححه

أولا يهدم هو تردد المسترقين الذين آمنوا من القتل بين نساء التميميين أهل العهد وبين الكافرة التي
لازوج لها والمستأجرة من كافر وأما فريق أبي حنيفة بين أن يسبيامعا وبين أن يسبي أحدهما فلان
المؤثر عنده في الاحلال هو اختلاف الدار بهما لا الرق والمؤثر في الاحلال عند غيره هو الرق وإنما النظر
هل هو الرق مع الزوجية أو مع عدم الزوجية والاشبه أن لا يكون للزوجية ههنا حكمة لأن محل الرق
وهو الكفر هو سبب الاحلال وأما تشبيهها بالنسية فبعيد لأن الذمي انما أعطى الجزية بشرط أن يقر
على دينه فضلا عن نكاحه **الفصل التاسع في مانع الاحرام**

واختلفوا في نكاح المحرم فقال مالك والشافعي والليث والاوزاعي وأحمد لا ينكح المحرم ولا ينكح
فإن فعل فالنكاح باطل وهو قول عمر بن الخطاب وعلي وابن عمر يزيد بن ثابت وقال أبو حنيفة لا بأس
بذلك وسبب اختلافهم تعارض النقل في هذا الباب فمنها حديث ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه
وسلم نكح ميمونة وهو محرم وهو حديث ثابت النقل خرجها أهل الصحيح وعارضه أحاديث كثيرة
عن ميمونة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوجها وهو حلال قال أبو عمر رويت عنهما طرق شتى
من طريق أبي رافع ومن طريق سليمان بن يسار وهو مولاها وعن يزيد بن الاصم وروى مالك أيضا
من حديث عثمان بن عفان مع هذا أنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا ينكح المحرم ولا ينكح
ولا ينكح من رجح هذه الأحاديث على حديث ابن عباس قال لا ينكح المحرم ولا ينكح ومن رجح
حديث ابن عباس أوجع بينه وبين حديث عثمان بن عفان بأن حل النهي الوارد في ذلك على الكراهية
قال ينكح وينكح وهذا راجع الى تعارض الفعل والقول والوجه الجمع أو تغليب القول

الفصل العاشر في مانع المرض

واختلفوا في نكاح المريض فقال أبو حنيفة والشافعي يجوز وقال مالك في المشهور عنه أنه لا يجوز
ويتخرج ذلك من قوله انه يفرق بينهما وإن صح ويتخرج من قوله أيضا انه لا يفرق بينهما إن التفريق
مستحب غير واجب وسبب اختلافهم تردد النكاح بين البيع وبين الهبة وذلك أنه لا تجوز هبة المريض
الا من الثلث ويجوز بيعه ولاختلافهم أيضا سبب آخر وهو هل يتهم على اضرار الورثة باذخار وارث زائد
أولايتهم وقياس النكاح على الهبة غير صحيح لأنهم اتفقوا على أن الهبة تجوز اذا جعلها الثلث ولم يعتبروا
النكاح هنا بالثلث ورد جواز النكاح باذخار وارث قياس مصلحي لا يجوز عند أكثر الفقهاء وكونه
يوجب مصلح لم يعتبرها الشرع الا في جنس بعيد من الجنس الذي يرام فيه اثبات الحكم بالمصلحة
حتى ان قومًا رأوا ان القول بهذا القول شرع زائد واعمال هذا القياس يوهن مافي الشرع من التوقيف
وإنه لا تجوز الزيادة فيه كما لا تجوز النقصان والتوقف أيضا عن اعتبار المصالح تطرق للناس أن يتسرعوا
لعدم السنن التي في ذلك الجنس الى الظلم فلنفوض أمثال هذه المصالح الى العلماء بحكمة الشرائع الفضلاء
الذين لا يتهمون بالحكم بها وبخاصة اذا فهم من أهل ذلك الزمان ان في الاشتغال بطواهر الشرائع تطرقا
الى الظلم ووجه عمل الفاضل العالم في ذلك ان ينظر الى شواهد الحال فان دلت الدلائل على انه قصد بالنكاح
خير الا يمنع النكاح وان دلت على أنه قصد الاضرار بورثته منعه من ذلك كافي أشياء كثيرة من الصنائع
يعرض فيها للصناع الشيء وضده مما اكتسبوا من قوة مهنتهم اذ لا يمكن أن يحدث ذلك حدم مؤقت صناعي

وهذا كثيرا ما يعرض في صناعة الطب وغيرهما من الصنائع المختلفة

﴿ الفصل الحادى عشر في مانع العدة ﴾

واتفقوا على أن النكاح لا يجوز في العدة كانت عدة حيض أو عدة جل أو عدة أشهر واختلفوا فيمن تزوج امرأة في عدتها ودخل بها فقال مالك والأوزاعي والليث يفرق بينهما ولا تحل له أبدا وقال أبو حنيفة والشافعي والثوري يفرق بينهما وإذا انقضت العدة بينهما فلا بأس في تزويجه أيها المرأة ثانية وسبب اختلافهم هل قول الصحاب حجة أم ليس بحجة وذلك أن مالكاً روى عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار أن عمر بن الخطاب فرّق بين طليعة الأسدية وبين زوجها ارشد الثقفي لما تزوجها في العدة من زوج ثان وقال الإمامة نكحت في عدتها فإن كان زوجها الذي تزوجها لم يدخل بها فرّق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من الأول ثم كان الآخر خاطباً من الخطاب وإن كان دخل بها فرّق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من الأول ثم اعتدت من الآخر ثم لا يجتمعان أبداً قال سعيد وطاهرهما بما استحل منها ورماعفدوا هذا القياس بقياس شبه ضعيف يختلف في أصله وهو أنه أدخل في النسب شبهة فأشبه الملاحين وروى عن عليّ وابن مسعود مخالفة عمر في هذا والأصل أنها لا تحرم إلا أن يقوم على ذلك دليل من كتاب أو سنة أو إجماع من الأمة وفي بعض الروايات أن عمر كان قضى بتحرّرها وكون المهر في بيت المال فأما بلغ ذلك علياً أنكره فرجع عن ذلك عمر وجعل الصداق على الزوج ولم يقض بتحرّرها عليه رواه الثوري عن أشعث عن الشعبي عن مسروق وأما من قال بتحرّرها بالعقد فهو ضعيف وأجمعوا على أنه لا نوطاً حامل مسببة حتى تضع لتواثر الأخبار بذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم واختلفوا إن وطئ هل يعتق عليه الولد أو لا يعتق والجمهور على أنه لا يعتق وسبب اختلافهم هل ماؤه مؤثر في خلقته أو غير مؤثر فإن قلنا أنه مؤثر كان لها ابناً بجبهة ما وإن قلنا أنه ليس بمؤثر لم يكن ذلك وروى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال كيف يستعبده وقد غداه في سمعه وبصره وأما النظر في مانع التطلق ثلاثاً فسيأتى في كتاب الطلاق

﴿ الفصل الثانى عشر في مانع الزوجية ﴾

وأما مانع الزوجية فانهم اتفقوا على أن الزوجية بين المسلمين مانعة وبين الذميين واختلفوا في المسيبة على ما تقدم واختلفوا أيضاً في الأمة إذا بيعت هل يكون بيعها طلاقاً فالجمهور على أنه ليس بطلاق وقال قوم هو طلاق وهو مروي عن ابن عباس وجابر وابن مسعود وأبي بن كعب وسبب اختلافهم معارضة مفهوم حديث بريرة لعموم قوله تعالى (الإمامة أيمانكم) وذلك أن قوله تعالى (الإمامة أيمانكم) يقتضى المسيبات وغيرهن وتخيير بريرة يوجب أن لا يكون بيعها طلاقاً لأنه لو كان بيعها طلاقاً لما خبرها رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد العتق ولو كان نفس شراء عائشة طلاقاً من زوجها وأخذه للجمهور ما أخرجه ابن أبي شيبة عن أبي سعيد الخدري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث يوم حنين سرية فأصابوا أحياناً من العرب يوم أوطاس فهزموهم وقتلواهم وأصابوا لهم نساء هن أزواج وكان ناس من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم تأثموهن من غشيانهن من أجل أزواجهن فأزال الله عز وجل (والمحصنات من النساء الإمامة أيمانكم) وهذه المسئلة هي أليق بكتاب الطلاق فهذه هي جملة

الأشياء المصححة للأنكحة في الاسلام وهي كما قلنا راجعة الى ثلاثة أجناس صفة العاقد والمعقود عليها وصفة العقد وصفة الشروط في العقد وأما الأنكحة التي انعقدت قبل الاسلام ثم طرأ عليها الاسلام فانهم اتفقوا على أن الاسلام اذا كان منهما معا أعني من الزوج والزوجة وقد كان انعقد النكاح على من يصح ابتداء العقد عليها في الاسلام أن الاسلام يصح ذلك واختلفو في موضعين أحدهما اذا انعقد النكاح على أكثر من أربع أو على من لا يجوز الجمع بينهما في الاسلام والموضع الثاني اذا أسلم أحدهما قبل الآخر (فأما المسئلة الأولى) وهي اذا أسلم الكافر وعنده أكثر من أربع نسوة أو أسلم وعنده أختان فان مالكا قال يختار منهن أربعاً ومن الأختين واحدة أيهما شاء وبه قال الشافعي وأحمد وداود وقال أبو حنيفة والثوري وابن أبي ليلى يختار الأول منهن في العقد فان تزوجهن في عقد واحد فرق بينه وبينهن وقال ابن الماجشون من أصحاب مالك اذا أسلم وعنده أختان فارقهما جميعاً ثم استأنف نكاح أيهما شاء ولم يقل بذلك أحد من أصحاب مالك غيره وسبب اختلافهم معارضة القياس للآخر وذلك أنه ورد في ذلك أثران أحدهما من سئل مالك أن غيلان بن سلامة الثقفي أسلم وعنده عشر نسوة أسلمن معه فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يختار منهن أربعاً والحديث الثاني حديث قيس بن الخارث أنه أسلم على الأختين فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم اختر أيهما شئت وأما القياس المخالف لهذا الأثر فتشبيه العقد على الآخر قبل الاسلام بالعقد عليهن بعد الاسلام أعني أنه كما أن العقد عليهن فاسد في الاسلام كذلك قبل الاسلام وفيه ضعف وأما اذا أسلم أحدهما قبل الآخر وهي المسئلة الثانية ثم أسلم الآخر فانهم اختلفوا في ذلك فقال مالك وأبو حنيفة والشافعي أنه اذا أسلمت المرأة قبله فإنه أسلم في عديتها كان أحق بها وإن أسلم هو وهي كآية فنكاحها ثابت لما ورد في ذلك من حديث صفوان بن أمية وذلك أن زوجه عائكة ابنة الوليد بن المغيرة أسلمت قبله ثم أسلم هو فامر رسول الله صلى الله عليه وسلم على نكاحه قالوا وكان بين اسلام صفوان وبين اسلام امرأته نحو من شهر قال ابن شهاب ولم يبلغنا أن امرأة هاجرت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وزوجها كافر مقيم بدار الكفر الا فرقت هجرتا بينهما وبين زوجها الآن يقدم زوجها مهاجراً قبل أن تنقضي عديتها وأما اذا أسلم الزوج قبل اسلام المرأة فانهم اختلفوا في ذلك فقال مالك اذا أسلم الزوج قبل المرأة وقعت الفرقة اذا عرض عليها الاسلام فأبت وقال الشافعي سواء أسلم الرجل قبل المرأة أو المرأة قبل الرجل اذا وقع اسلام المتأخر في العدة ثبت النكاح وسبب اختلافهم معارضة العموم للآخر والقياس وذلك أن مجموع قوله تعالى (ولا تمسكوا بعصم الكوافر) يقتضي المفارقة على الفور وأما الأثر المعارض لمقتضي هذا العموم فاروى من أن أبانقيان بن حرب أسلم قبل هند بنت عتبة امرأته وكان اسلامه بمر الظهران ثم رجع الى مكة وهند معها كافرة فأخذت ببلحيته وقالت اقتلوا الشيخ الضال ثم أسلمت بعده بأيام فاستقرا على نكاحهما وأما القياس المعارض للآخر فلأنه يظهر أنه لا فرق بين أن تسلم هي قبله أو هو قبلها فان كانت العدة معتبرة في اسلامها قبل فقد يجب أن تعتبر في اسلامه أيضاً قبل

﴿ الباب الثالث في موجبات الخيار في النكاح ﴾

وموجبات الخيار أربعة العيوب والاعسار بالصداق أو بالنفقة والكسوة والثالث الفقد أعني فقد

اختلف العلماء في موجب الخيار بالعيوب لسلك واحد من الزوجين وذلك في موضعين أحدهما هل يرد بالعيوب ولا يرد والموضع الثاني إذا قلنا أنه يرد فن أيها الرد وما حكم ذلك فأما الموضع الأول فان مالكاً والشافعي وأصحابهما قالوا العيوب توجب الخيار في الرد أو الماسك وقال أهل الظاهر لا توجب خيار الرد والماسك وهو قول عمر بن عبد العزيز وسبب اختلافهم شيان أحدهما هل قول صاحب حجة الآخر قياس النكاح في ذلك على البيع فاما قول صاحب الوارد في ذلك فهو ما روى عن عمر بن الخطاب أنه قال أيما رجل تزوج امرأة وبها جنون أو جذام أو برص وفي بعض الروايات وأقرن فلها صداقها كاملاً وذلك غرم لزوجها على وليها وأما القياس على البيع فان القائلين بموجب الخيار للعيوب في النكاح قالوا النكاح في ذلك شبهه بالبيع وقال المخالفون لهم ليس شبهه بالبيع لاجتماع المسهين على أنه لا يرد النكاح بكل عيب يرد به البيع وأما الموضع الثاني في الرد بالعيوب فانهم اختلفوا في أي العيوب يرد بها وفي أيها لا يرد وفي حكم الرد فانفق مالك والشافعي على أن الرد يكون من أربعة عيوب الجنون والجذام والبرص وداء الفرج الذي يمنع الوطء أما قرن أو رتق في المرأة أو عنة في الرجل أو خصاء واختلف أصحاب مالك في أربع في السواد والقرع وبخر الفرج وبخر الألف فقيل ترد بها وقيل لا ترد وقال أبو حنيفة وأصحابه والثوري لاترد المرأة في النكاح إلا بعيين فقط القرن والرتق فاما أحكام الرد فان القائلين بالرد اتفقوا على أن الزوج إذا علم بالعيوب قبل السخول طلق ولا شيء عليه واختلفوا ان علم بعد السخول والمسيس فقال مالك ان كان وليها الذي تزوجها بمن يظن به لقربه منها انه عالم بالعيوب مثل الاب والاخ فهو غار يرجع عليه الزوج بالصداق وليس يرجع على المرأة بشئ وان كان بعيدا رجع الزوج على المرأة بالصداق كله الاربع دينار فقط وقال الشافعي ان دخل لزمه الصداق كله بالمسيس ولا رجوع له عليها ولا على وليه وسبب اختلافهم تردد تشبيه النكاح بالبيع أو بالنكاح الفاسد الذي وقع فيه المسيس أعنى اتفاقهم على وجوب المهر في الانكحة الفاسدة بنفس المسيس لقوله عليه الصلاة والسلام أيما امرأة تكهت بغير إذن سيدها فبكاها باطل ولها المهر بما استحل منها فكان موضع الخلاف تردد هذا الفسخ بين حكم الرد بالعيوب في البيوع وبين حكم الانكحة المفسوخة أعنى بعد السخول واتفق الذين قالوا بفسخ نكاح العنين انه لا يفسخ حتى يؤجل سنة يخلى بينه وبينها بغير عائق واختلف أصحاب مالك في العلة التي من أجلها قصر الرد على هذه العيوب الأربعة فقيل لأن ذلك شرع غير معل وقيل لأن ذلك مما يخفى ومجمل سائر العيوب على أنها ما لا تخفى وقيل لأنها يخاف سرها إلى الأبناء وعلى هذا التعليل يرد بالسواد والقرع وعلى الأول يرد بكل عيب إذا علم انه ما يخفى على الزوج

واختلفوا في الاعسار بالصدق فكان الشافعي يقول تحيز اذا لم يدخل بها وبه قال مالك واختلف أصحابه في قدر التولم له فقيل ليس له في ذلك حد وقيل سنة وقيل سنتين وقال أبو حنيفة هي غير بمن الغرماء لا يفرق بينهما ويؤخذ بالنفقة وطأن تمنع نفسها حتى يعطى المهر وسبب اختلافهم تغليب شبه النكاح

في ذلك بالبيع أو تغليب الضرر اللاحق للمرأة في ذلك من عدم الوطء تشبيهاً بالإيلاء والعنة وأما الاعسار بالنفقة فقال مالك والشافعي وأحمد وأبو ثور وأبو عبيد وجاعة يفرق بينهما وهو مروى عن أبي هريرة وسعيد بن المسيب وقال أبو حنيفة والثوري لا يفرق بينهما وبه قال أهل الظاهر وسبب اختلافهم تشبيه الضرر الواقع من ذلك بالضرر الواقع من العنة لأن الجمهور على القول بالتطبيق على العنين حتى لقد قال ابن المنذر إنه إجماع وربما قالوا النفقة في مقابلة الاستمتاع بدليل أن النائم لا نفقة لها عند الجمهور فإذا لم يجد النفقة سقط الاستمتاع فوجب الخيار وأما من لا يرى القياس فانهم قالوا قد ثبتت العصمة بالإجماع فلا تنحل الإجماع أو بدليل من كتاب الله وأسننه فسبب اختلافهم معارضة استصحاب الحال للقياس

✽ الفصل الثالث في خيار الفقد ✽

واختلفوا في المفقود الذي تجهل حياته أو موته في أرض الاسلام فقال مالك يضرب لامرأته أجل أربع سنين من يوم ترفع أمرها إلى الحاكم فإذا انتهى الكشف عن حياته أو موته فجهل ذلك ضرب لها الحاكم الأجل فإذا انتهى اعتدت عدة الوفاة أربعة أشهر وعشر وأجلت قال وأما ماله فلا يورث حتى يأتى عليه من الزمان ما يعلم أن المفقود لا يعيش إلى مثله غالباً فقبل سبعون وقيل ثمانون وقيل تسعون وقيل مائة فحين غاب وهو دون هذه الأسنان وروى هذا القول عن عمر بن الخطاب وهو مروى أيضاً عن عثمان وبه قال الليث وقال الشافعي وأبو حنيفة والثوري لا تنحل امرأة المفقود حتى يصح موته وقولهم مروى عن عليّ وابن مسعود والسبب في اختلافهم معارضة استصحاب الحال للقياس وذلك أن استصحاب الحال يوجب أن لا تنحل عصمة الأيموت وأطلاق حتى يدل الدليل على غير ذلك وأما القياس فهو تشبيه الضرر اللاحق لها من غيبته بالإيلاء والعنة فيكون لها الخيار كما يكون في هذين والمفقودون عند المحصلين من أصحاب مالك أربع مئة مفقود في أرض الاسلام وقع الخلاف فيه ومفقود في أرض الحرب ومفقود في حروب الاسلام أعني فبايهم ومفقود في حروب الكفار والخلاف عن مالك وعن أصحابه في الثلاثة الأصناف من المفقودين كثير فأما المفقود في بلاد الحرب حكمه عندهم حكم الأسير لا تزوج امرأته ولا يقسم ماله حتى يصح موته ما خلا ما شهب فإنه حكم له بحكم المفقود في أرض المسلمين وأما المفقود في حروب المسلمين فقال إن حكمه حكم المقتول دون تلوم وقيل يتلوم له بحسب بعد الموضع الذي كانت فيه المعركة وقربه وأقصى الأجل في ذلك ستة وأما المفقود في حروب الكفار ففيه في المذهب أربعة أقوال قيل حكمه حكم الأسير وقيل حكمه حكم المقتول بعد تلوم سنة إلا أن يكون بموضع لا يخفى أمره فيحكم له بحكم المفقود في حروب المسلمين وقتنهم والقول الثالث إن حكمه حكم المفقود في بلاد المسلمين والرابع حكمه حكم المقتول في زوجته وحكم المفقود في أرض المسلمين في ماله أعني يعمر وحينئذ يورث وهذه الأقاويل كلها مبناها على تجوز النظر بحسب الأصلح في الشرع وهو الذي يعرف بالقياس المرسل وبين العلماء فيه اختلاف أعني بين القائلين بالقياس

✽ الفصل الرابع في خيار العتق ✽

واتفقوا على أن الأمة إذا عتقت تحت عبيد أن لها الخيار واختلفوا إذا عتقت تحت الحر هل لها خيار أم لا فقال مالك والشافعي وأهل المدينة والأوزاعي وأحمد والليث لا خيار لها وقال أبو حنيفة والثوري لها

الخيار حراً كان أو عبداً وسبب اختلافهم تعارض النقل في حديث بريرة واحتمال العلة الموجبة للخيار أن يكون الجير الذي كان في انكاحها باطلاً إذا كانت أمة أو الجير على تزويجها من عبد فمن قال العلة الجبر على النكاح باطلاً قال بخير تحت الحر والعبد ومن قال الجير على تزويج العبد فقط قال بخير تحت العبد فقط وأما اختلاف النقل فإنه روى عن ابن عباس أن زوج بريرة كان عبداً أسود وروى عن عائشة أن زوجها كان حراً وكلا النقلين ثابت عند أصحاب الحديث واختلفوا أيضاً في الوقت الذي يكون لها الخيار فيه فقال مالك والشافعي يكون لها الخيار ما لم يمسهما وقال أبو حنيفة خيارها على المجلس وقال الأوزاعي إنما يسقط خيارها بالميسر إذا علمت أن الميسر يسقط خيارها

﴿ الباب الرابع في حقوق الزوجة ﴾

وأتفقوا على أن من حقوق الزوجة على الزوج النفقة والكسوة لقوله تعالى (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) الآية ولما ثبت من قوله عليه الصلاة والسلام (ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف) لقوله لهن خذني ما يكفيك وولدتك بالمعروف فأما النفقة فاتفقوا على وجوبها واختلفوا في أربعة مواضع في وقت وجوبها ومقدارها ولهن تجب وعلى من تجب فأما وقت وجوبها فإن مالكاً قال لا تجب النفقة على الزوج حتى يدخل بها أو يدعى إلى الدخول بها وهي ممن توطأ وهو بالغ وقال أبو حنيفة والشافعي يلزم غير البالغ النفقة إذا كانت هي بالغاً وأما إذا كان هو بالغاً والزوجة صغيرة فللشافعي قولان أحدهما مثل قول مالك والقول الثاني أن لها النفقة باطلاً وسبب اختلافهم هل النفقة لمكان الاستمتاع أو لمكان أنها محبوسة على الزوج كالغائب والمريض وأما مقدار النفقة فذهب مالك إلى أنها غير مقدرة بالشرع وأن ذلك راجع إلى ما يقتضيه حال الزوج وحال الزوجة وأن ذلك يختلف بحسب اختلاف الأمكنة والأزمنة والأحوال وبه قال أبو حنيفة وذهب الشافعي إلى أنها مقدرة فعلى الموسر مدان وعلى الأوسط مد ونصف وعلى المسرم مد وسبب اختلافهم تردد محل النفقة في هذا الباب على الإطعام في الكفارة أو على الكسوة وذلك أنهم اتفقوا أن الكسوة غير محدودة وأن الإطعام محدود واختلفوا من هذا الباب في هل يجب على الزوج نفقة خادم الزوجة وأن وجبت فكذلك يجب والجمهور على أن على الزوج النفقة على خادم الزوجة إذا كانت ممن لا يتخدم نفسها وقيل بل على الزوجة خدمة البيت واختلاف الذين أوجبوا النفقة على خادم الزوجة على كم تجب نفقته فقالت طائفة ينفق على خادم واحدة وقيل على خادمين إذا كانت المرأة ممن لا يتخدمها إلا خادماً وبه قال مالك وأبو ثور ولست أعرف دليلاً شرعياً لا يجاب النفقة على الخادم إلا تشبيهه بالأخدام بالإسكان فأنهم اتفقوا على أن الإسكان على الزوج للنص الوارد في وجوبه بالطلقة الرجعية وأما لمن تجب النفقة فأنهم اتفقوا على أنها تجب للحره الغير ناشئ واختلفوا في الناشئ والأمة فأما الناشئ فالجمهور على أنها لا تجب لها نفقة وشذ قوم فقالوا يجب لها النفقة وسبب الخلاف معارضة العموم للمفهوم وذلك أن عموم قوله عليه الصلاة والسلام (ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف) يقتضي أن الناشئ وغير الناشئ في ذلك سواء والمفهوم من أن النفقة هي في مقابلة الاستمتاع بوجوب أن لا نفقة للناشر وأما الأمة فاختلاف فيها أصحاب مالك اختلافاً كثيراً فقيل لها النفقة

كالخرة وهو المشهور وقيل لانفقة لها وقيل أيضا ان كانت تأتبه فلها النفقة وان كان بآتيها فلانفقة لها وقيل لها النفقة في الوقت الذي تأتبه وقيل ان كان الزوج حرا فعليه النفقة وان كان عبدا فلانفقة عليه وسبب اختلافهم معارضة العموم للقياس وذلك أن العموم يقتضى لها وجوب النفقة والقياس يقتضى أن لانفقة لها الاعلى سيدها الذى يستخلصها وتكون النفقة بينهما لان كل واحد منهما ينتفع بهما ضربا من الانتفاع ولذلك قال قوم عليه النفقة في اليوم الذي تأتبه وقال ابن حبيب يحكم على مولى الامة المزوجة أن تأتى زوجها في كل أربعة أيام وأما على من تجب فاتفقوا أيضا أنها تجب على الزوج الحاضر والعاقل واختلوا في العبد والغائب فأما العبد فقال ابن المنذر أجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم ان على العبد نفقة زوجته وقال أبو المصعب من أصحاب مالك لانفقة عليه وسبب اختلاف معارضة العموم لكون العبد محجورا عليه في ماله وأما الغائب فالجمهور على وجوب النفقة عليه وقال أبو حنيفة لا تجب الايجاب السلطان وإنما اختلفوا فمن القول قوله اذا اختلفوا في الاتفاق وسيأتى ذلك في كتاب الاحكام ان شاء الله وكذلك اختلفوا على أن من حقوق الزوجات العدل ينهن في القسم لما ثبت من قسمه صلى الله عليه وسلم بين أزواجه ولقوله عليه الصلاة والسلام اذا كانت للرجل امرأتان فإلى احدهما جاء يوم القيامة وأحد شقيه مائل ولما ثبت أنه عليه الصلاة والسلام كان اذا أراد السفر أقرغ ينهن واختلوا في مقام الزوج عند البكر والثيب وهل يحتسب به أو لا يحتسب اذا كانت له زوجة أخرى فقال مالك والشافعي وأصحابهما يقيم عند البكر سبعا وعند الثيب ثلاثا ولا يحتسب ان كان له امرأة أخرى بأيام التي تزوج وقال أبو حنيفة الاقامة عندهن سواء بكرا وثيبا ويحتسب بالاقامة عندها ان كانت له زوجة أخرى وسبب اختلافهم معارضة حديث أنس لحديث أم سلمة وحديث أنس هو أن النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا تزوج البكر أقام عندها سبعا واذا تزوج الثيب أقام عندها ثلاثا وحديث أم سلمة هو أن النبي صلى الله عليه وسلم تزوجها فأصبحت عنده فقال ليس بك على أهلك هو ان شئت سبعت عندك وسبعت عندهن وان شئت ثلثت عندك ودرت فقالت ثلث وحديث أم سلمة هو مدني متفق عليه خرج ماله البخاري ومسلم وحديث أنس حديث بصرى خرج أبو داود فصار أهل المدينة الى ما خرج أهل البصرة وصار أهل الكوفة الى ما خرج أهل المدينة واختلف أصحاب مالك في هل مقامه عند البكر سبعا وعند الثيب ثلاثا واجب أم مستحب فقال ابن القاسم هو واجب وقال ابن عبد الحكم مستحب وسبب الخلاف حل فعله عليه الصلاة والسلام على النيب أو على الوجوب وأما حقوق الزوج على الزوجة بالرضاع وخدمة البيت على اختلاف بينهم في ذلك وذلك ان قوما أوجبوا عليها الرضاع على الاطلاق وقوم لم يوجبوا ذلك عليها بالطلاق وقوم أوجبوا ذلك على الدينثة ولم يوجبوا ذلك على الشريفة إلا أن يكون الطفل لا يقبل الانديها وهو مشهور قول مالك وسبب اختلافهم هل آية الرضاع متضمنة حكم الرضاع أعنى ايجابه أم متضمنة أمره فقط فن قال أمره قال لا يجب عليها الرضاع اذ لا دليل هنا على الوجوب ومن قال تتضمن الأمر بالرضاع وإيجابه وأنهما من الاخبار التي مفهومها مفهوم الأمر قال يجب عليها الرضاع وأما من فرق بين الدينثة والشريفة فاعتبر في ذلك العرف والعادة وأما المطلقة فلا رضاع عليها إلا أن لا يقبل ندى غيرها فعليها الرضاع وعلى الزوج أجر الرضاع هذا اجماع لقوله سبحانه (فان أرضعن

لكم فأتوهن أجورهن (١) والجمهور على أن الحضانة للام إذا طلقها الزوج وكان الوالد صغيرا لقوله عليه الصلاة والسلام من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة ولأن الامة والمسبية اذالم يفرق بينهما وبين ولدها فاحص بذلك الحرية واختلفوا اذا بلغ الولد حد التمييز فقال قوم بخير ومنهم الشافعي واحتجوا بأثر ورد في ذلك وبقي قوم على الاصل لأنه لم يصح عندهم هذا الحديث والجمهور على أن تزويجها لغير الأب يقطع الحضانة لما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أنت أحق بهما من نكحي ومن لم يصح عنده هذا الحديث طرد الاصل وأما نقل الحضانة من الأم الى غير الأب فليس في ذلك شيء يعقد عليه (١)

باب الخامس في الانكحة المنهى عنها بالشرع والانكحة الفاسدة وحكمها
والانكحة التي ورد النهي فيها مصرحا بأربعة نكاح الشغار ونكاح المتعة والخطبة على خطبة أخيه ونكاح المحلل فأما نكاح الشغار فانهم اتفقوا على أن صفته هو أن ينكح الرجل وليته رجلا آخر على أن ينكحه الآخر وليته ولا صداق بينهما الا بضع هذه بضع الاخرى واتفقوا على أنه نكاح غير جائز لثبوت النهي عنه واختلفوا اذا وقع هل يصح بمهر المثل أم لا فقال مالك لا يصح ويفسخ أبدا قبل الدخول وبعده وبه قال الشافعي إلا أنه قال ان سمي لاحداهما صداقا أو لماعا فالنكاح ثابت بمهر المثل والمهر الذي سميها فاسد وقال أبو حنيفة نكاح الشغار يصح بفرض صداق المثل وبه قال الليث وأحمد واسحق وأبو ثور والطبري وسبب اختلافهم هل النهي المعلق بذلك ملعل بعدم العوض أو غير ملعل فان قلنا غير ملعل لزم الفسخ على الاطلاق وان قلنا العلة عدم الصداق صح بفرض صداق المثل مثل العقد على خر أو على خنزير وقد أجعوا على أن النكاح المنعقد على الخمر والخنزير لا يفسخ اذا فات بالدخول ويكون فيه مهر المثل وكان مالكا رضي الله عنه وأبى أن الصداق وان لم يكن من شرط صحة العقد ففساد العقد ههنا من قبل فساد الصداق مخصوص بتعلق النهي به أو رأى أن النهي انما يتعلق بنفس تعيين العقد والنهي يدل على فساد النهي (وأما نكاح المتعة) فانه تواترت الاخبار عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بتحريمه إلا أنها اختلفت في الوقت الذي وقع فيه التحريم ففي بعض الروايات انه حرمها يوم خيبر وفي بعضها يوم الفتح وفي بعضها في غزوة تبوك وفي بعضها في حجة الوداع وفي بعضها في عمرة القضاء وفي بعضها عام وأطاس وأكثر الصحابة وجميع فقهاء الامصار على تحريمها واشهر عن ابن عباس بحليلها وتبع ابن عباس على القول بها أصحابه من أهل مكة وأهل اليمن ورووا أن ابن عباس كان يحتاج لذلك بقوله تعالى (فما استفتعتم به منهن فآتوهن أجورهن فريضة ولا جناح عليكم) وفي خوفه الى أجل مسمى وروى عنه أنه قال لما كانت المتعة الارجة من الله عز وجل رحم بها أم محمد صلى الله عليه وسلم ولولا نهى عمر عنها ما اضطر الى الزنا الاشقي وهذا الذي روى عن ابن عباس رواه عنه ابن جريج وعمر بن دينار وعن عطاء قال سمعت جابر بن عبد الله يقول تمتعنا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وصفا من خلافة عمر ثم نهى عنها عمر الناس (وأما اختلافهم في النكاح الذي تقع فيه الخطبة على خطبة غيره) ما بين علامتي (١) لم يوجد في النسخة الفاسية ولا المصرية وهو موجود بالنسخة الخط تعلق أحد بك

فقد تقدم ان فيه ثلاثة أقوال قول بالفسخ وقول بعدم الفسخ وفرق بين أن ترد الخطبة على خطبة الغير بعد الركون والقرب من التمام أو لا ترد وهو مذهب مالك وهو أن نكاح المحلل أعنى الذى يقصد بنكاحه تحليل المطلقة ثلاثا فإن مالكا قال هو نكاح مفسوخ وقال أبو حنيفة والشافعى هو نكاح صحيح وسبب اختلافهم اختلافهم فى مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام لعن الله المحلل فمن فهم من اللعن التأنيم فقط قال النكاح صحيح ومن فهم من التأنيم فساد العقد تشبيها بالنهى الذى يدل على فساد المنهى عنه قال النكاح فاسد فهذه هى الأنكحة الفاسدة بالنهى وأما الأنكحة الفاسدة بمفهوم الشرع فأنها تنفسد اما باسقاط شرط من شروط صحة النكاح أو بتغيير حكم واجب بالشرع من أحكامه مما هو عن الله عز وجل واما بزيادة تعود الى ابطال شرط من شروط الصحة وأما الزيادات التى تعرض من هذا المعنى فأنها لا تنفسد النكاح بانفاق وانما اختلاف العلماء فى لزوم الشرط التى بهذه الصفة أو لا لزومها مثل أن يشترط عليه أن لا يتزوج عليها أو لا يتسرى أو لا ينقلها من بلدنا فقال مالك أن اشترط ذلك لم يلزمه إلا أن يكون فى ذلك عين يعنى أو طلاق فإن ذلك يلزمه إلا أن يطلق ويعنى من أقسم عليه فلا يلزم الشرط الأول أيضا وكذلك قال الشافعى وأبو حنيفة وقال الاوزاعى وابن شبرمة لها شرطها وعليه الوفاء وقال ابن شهاب كان من أدركت من العلماء يقضون بها وقول الجماعة مروى عن عليّ وقول الاوزاعى مروى عن عمر وسبب اختلافهم معارضة العموم للخصوص فأما العموم فحديث عائشة رضى الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم خطب الناس فقال فى خطبته كل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل ولو كان مائة شرط وأما الخصوص فحديث عصبية بن عامر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال أحق الشروط أن يوفى به ما استحللتم به الفروج والحديثان صحيحان خرجهما البخارى ومسلم إلا أن المشهور عند الاصوليين القضاء بالخصوص على العموم وهو لزوم الشروط وهو ظاهر ما وقع فى العتبية وإن كان المشهور خلاف ذلك وأما الشروط المقيدة بوضع من الصداق فإنه قد اختلف فيها المذهب اختلافا كثيرا أعنى فى لزومها أو عدم لزومها وليس كآبنا هذا موضوعا على الفروع (وأما حكم الأنكحة الفاسدة اذا وقعت) فنها ما اتفقوا على فسخه قبل الدخول وبعده وهو ما كان منها فاسدا باسقاط شرط متفق على وجوب صحة النكاح بوجوده مثل أن ينكح محرمة العين ومنها ما اختلفوا فيه بحسب اختلافهم فى ضعف علة الفساد وقوتها ولماذا يرجع من الاخلال بشروط الصحة ومالك فى هذا الجنس وذلك فى الأكثر يفسخه قبل الدخول وبثبته بعده والأصل عنده فيه أن لا يفسخ ولكنه يخطأ بمنزلة ما يرى فى كثير من البيع الفاسد أنه يفتى ببحواله الاسواق وغير ذلك ويشبه أن تكون هذه عنده هى الأنكحة المكروهة والا فلا وجه للفرق بين الدخول وعدم الدخول والاضطراب فى المذهب فى هذا الباب كثير وكان هذا راجع عنده الى قوة دليل الفسخ وضعفه فتى كان الدليل عنده قويا ففسخ قبله وبعده ومتى كان ضعيفا ففسخ قبل ولم يفسخ بعد وسواء كان الدليل القوى متقنا عليه أو مختلفا فيه ومن قبل هذا أيضا اختلف المذهب فى وقوع الميراث فى الأنكحة الفاسدة اذا وقع الموت قبل الفسخ وكذلك وقوع الطلاق فيه مرة اعتبر فيه الاختلاف والاتفاق ومرة اعتبر فيه الفسخ بعد الدخول أو وعدمه وقد نرى أن تقطع ههنا القول فى هذا الكتاب فإن ما ذكرنا منه فيه كفاية بحسب غرضنا المقصود

﴿ كتاب الطلاق ﴾

والكلام في هذا الباب ينحصر في أربع جهات الأولى في أنواع الطلاق الجلة الثانية في أركان الطلاق الجلة الثالثة في الرجعة الجلة الرابعة في أحكام المطلقات (الجلة الأولى) وفي هذه الجلة خمسة أبواب الباب الأول في معرفة الطلاق البائن والرجعي الباب الثاني في معرفة الطلاق السني من البدعي الباب الثالث في الخلع الباب الرابع في تمييز الطلاق من الفسخ الباب الخامس في التخيير والتحليل

﴿ الباب الأول ﴾

واتفقوا على أن الطلاق نوعان بائن ورجعي وأن الرجعي هو الذي يملك فيه الزوج رجعتها من غير اختيارها ومن من شرطه أن يكون في مدخول بها وإنما اتفقوا على هذا لقوله تعالى (يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وأحصوا العدة) التي قوله تعالى (لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا) والحديث الثابت أيضا من حديث ابن عمر أنه صلى الله عليه وسلم أمره أن يراجع زوجته لمطلقها حائضا ولا خلاف في هذا وأما الطلاق البائن فانهم اتفقوا على أن البينونة إنما توجد للطلاق من قبل عدم الدخول ومن قبل عدد التطليقات ومن قبل العوض في الخلع على اختلاف بينهم هل الخلع طلاق أو فسخ على ماسياتي بعد واتفقوا على أن العدد الذي يوجب البينونة في طلاق الحر ثلاث تطليقات إذا وقعت مفترقات لقوله تعالى (الطلاق مرتان) الآية وأختلفوا إذا وقعت ثلاثا في اللفظ دون الفعل وكذلك اتفق الجمهور على أن الرق مؤثر في إسقاط أعداد الطلاق وأن الذي يوجب البينونة في الرق اثنتان واختلفوا هل هذا معتبر برق الزوج أو برق الزوجة أم برق من رقي منهما ففي هذا الباب اذن ثلاث مسائل (المسئلة الأولى) جمهور فقهاء الامصار على أن الطلاق بلفظ الثلاث حكمه حكم الطلقة الثالثة وقال أهل الظاهر وجاعة حكمه حكم الواحدة ولا تأثير للفظ في ذلك وحجة هؤلاء ظاهر قوله تعالى (الطلاق مرتان) التي قوله في الثالثة (فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره) والمطلق بلفظ الثلاث مطلق واحدة لأطلاق ثلاث واحتجوا أيضا بما خرج به البخاري ومسلم عن ابن عباس قال كان الطلاق على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وستين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة فأمضاء عليهم عمر واحتجوا أيضا بما رواه ابن اسحق عن عكرمة عن ابن عباس قال طلق ركاة زوجته ثلاثا في مجلس واحد خزن عليها حتى ناشد أباها فأسأله رسول الله صلى الله عليه وسلم كيف طلقها قال طلقها ثلاثا في مجلس واحد قال إنما تلك طلقة واحدة فأرجعها وقد احتج من انتصر لقول الجمهور بأن حديث ابن عباس الواقع في الصحيحين إنما رواه عنه من أصحابه طاوس وإن جلة أصحابه روي عنه لزوم الثلاث منهم سعيد ابن جبير ومجاهد وعطاء وعمر وبن دينار وجاعة غيرهم وإن حديث ابن اسحق وهم وإنما روي الثقات أنه طلق ركاة زوجته البتة ثلاثا وبسبب الخلاف هل الحكم الذي جعله الشرع من البينونة للطلقة الثالثة يقع بالزام المكلف نفسه هذا الحكم في طلقة واحدة أم ليس يقع من ذلك إلا ما أئزم الشرع فمن شبه الطلاق بالأفعال التي يشترط في صحة وقوعها كون الشروط الشرعية فيها كالنكاح والبيع قال لا يلزم ومن شبهه بالنذور والإيمان التي ما أئزم العبد منها لزمه على أي صفة كان أئزم الطلاق كيفما أئزمه المطلق نفسه وكان الجمهور غلبوا حكم التغليظ في الطلاق سدا للذريعة ولكن تبطل

بذلك الرخصة الشرعية والرفق المقصود في ذلك أعنى في قوله تعالى (لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً) (المسئلة الثانية) وأما اختلافهم في اعتبار نقص عدد الطلاق البائن بالرق ففهم من قال المعتبر فيه الرجال فإذا كان الزوج عبداً كان طلاقه البائن الطلقة الثانية سواء كانت الزوجة حرة أو أمة وبهذا قال مالك والشافعي ومن الصحابة عثمان بن عفان وزيد بن ثابت وابن عباس وإن كان اختلف عنه في ذلك لكن الأشهر عنه هو هذا القول ومنهم من قال إن الاعتبار في ذلك هو بالنساء فإذا كانت الزوجة أمة كان طلاقها البائن الطلقة الثانية سواء كان الزوج عبداً أو حراً ومن قال بهذا القول من الصحابة علي وابن مسعود ومن فقهاء الامصار أبو حنيفة وغيره وفي المسئلة قول أشد من هذين وهوان الطلاق يعتبر برق من رُق منها قال ذلك عثمان البتي وغيره وروى عن ابن عمر وسبب هذا الاختلاف هل المؤثر في هذا هو رُق المرأة أو رُق الرجل فن قال التأثير في هذا لمن بيده الطلاق قال يعتبر بالرجال ومن قال التأثير في هذا الذي يقع عليه الطلاق قال هو حكم من أحكام المطلقة فسيبها بالعدة وقد أجمعوا على أن العدة بالنساء أى نقصانها تابع لرق النساء واحتج الفريق الاول بماروى عن ابن عباس مرفوعاً إلى النبي عليه الصلاة والسلام انه قال الطلاق بالرجال والعدة بالنساء الا انه حديث لم يثبت في الصحيح وأما من اعتبر من رُق منهما فإنه جعل سبب ذلك هو الرُق مطلقاً ولم يجعل سبب ذلك لالاكورية ولا الانوثية مع الرُق (المسئلة الثالثة) وأما كون الرُق مؤثراً في نقصان عدد الطلاق فإنه حكى قوم انه اجماع وأبو محمد بن حزم وجاعة من أهل الظاهر مخالفون فيه ويرون أن الحر والعبد في هذا سواء وسبب الخلاف معارضة الظاهر في هذا للقياس وذلك ان الجهور صاروا الى هذا لمكان قياس طلاق العبد والامة على حدودهما وقد أجمعوا على كون الرُق مؤثراً في نقصان الحد وأما أهل الظاهر فلما كان الاصل عندهم أن حكم العبد في التكليف حكم الحر الا ما أخرجه الدليل والدليل عندهم هو نص أو ظاهر من الكتاب أو السنة ولم يكن هنادليل مسموع مخيف وجب ان يبقى العبد على أصله ويشبه ان يكون قياس الطلاق على الحد غير سديد لان المقصود بنقصان الحد رخصة للعبد لمكان نقصه وإن الفاحشة ليست تقبح منه قبحها من الحر وأما نقصان فهو من باب التغليظ لان وقوع التحريم على الانسان بتطبيقين أغلظ من وقوعه بثلاث لما عسى أن يقع في ذلك من الندم والشرع انما سلك في ذلك سبيل الوسط وذلك انه لو كانت الرجعة دائمة بين الزوجة لعنت المرأة وشقيت ولو كانت البينونة واقعة في الطلقة الواحدة لعنت الزوج من قبل الندم وكان ذلك عسراً عليه لجمع الله بهذه الشريعة بين المصلحتين ولذلك ما ترى والله أعلم أن من أزم الطلاق الثلاث في واحدة فقد رفع الحكمة الموجودة في هذه السنة المشروعة

الباب الثاني

أجمع العلماء على أن المطلق للسنة في المدخول بها هو الذي يطلق امرأته في طهر لم يمسها فيه طلقة واحدة وأن المطلق في الحيض أو الطهر الذي مسها فيه غير مطلق للسنة وإنما أجمعوا على هذا لما ثبت من حديث ابن عمر انه يطلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه الصلاة والسلام مره فلما راجعها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسك وإن شاء طلق قبل

ان يمس فتلك العدة التي أمر الله ان تطلق لها النساء واختلفوا من هذا الباب في ثلاثة مواضع
الموضع الاول هل من شرطه أن لا يتبعها طلاقاً في العدة والثاني هل المطلق ثلاثاً أعني بلفظ الثالث
مطلق للسنة أم لا والثالث في حكم من طلق في وقت الحيض (أما الموضع الاول) فإنه اختلف فيه
مالك وأبو حنيفة ومن تبعهما فقال مالك من شرطها أن لا يتبعها في العدة طلاقاً آخر وقال أبو حنيفة
ان طلقها عند كل طهر طلاقاً واحدة كان مطلقاً للسنة وسبب هذا الاختلاف هل من شرط هذا الطلاق
ان يكون في حال الزوجية بعد رجعة أم ليس من شرطه فن قال هو من شرطه قال لا يتبعها فيه طلاقاً ومن قال
ليس من شرطه أن يتبعها الطلاق ولا خلاف بينهم في وقوع الطلاق المتبع (وأما الموضع الثاني) فإن مالكا
ذهب الى ان المطلق ثلاثاً بلفظ واحد مطلق لغير سنة وذهب الشافعي الى انه مطلق للسنة وسبب الخلاف
معارضة اقراره عليه الصلاة والسلام للمطلق بين يديه ثلاثاً في لفظة واحدة لمفهوم الكتاب في حكم الطلقة
الثالثة والحديث الذي احتج به الشافعي هو ما ثبت من أن الجحاني طلق زوجته ثلاثاً بمحضرة رسول الله
صلى الله عليه وسلم بعد الفراغ من الملاعة قال فلو كان بدعة لما أقره رسول الله صلى الله عليه وسلم
وأما مالك فمأثر أن المطلق بلفظ الثالث رافع للرخصة التي جعلها الله في العدة قال فيه انه ليس للسنة
واعتدراً لمحابهة عن الحديث بان المتلاعنين عنده قد سوت الفرق بينهما من قبل التلاعن نفسه فوقع
الطلاق على غير محله فلم يتصف بالسنة ولا بدعة وقول مالك والله أعلم أظهرهما من قول الشافعي
(وأما الموضع الثالث) في حكم من طلق في وقت الحيض فإن الناس اختلفوا من ذلك في مواضع
منها ان الجمهور قالوا بمضي طلاقه وقالت فرقة لا ينفذ ولا يقع والذين قالوا ينفذ قالوا يؤمر بالرجعة
وهؤلاء اختلفوا في وقتين فقوم رأوا ان ذلك واجب وانه يجبر على ذلك وبه قال مالك ومحابهة وقالت
فرقة بل ينذب الى ذلك ولا يجبر وبه قال الشافعي وأبو حنيفة والثوري وأحمد والذين أوجبوا الاجبار
اختلفوا في الزمان الذي يقع فيه الاجبار فقال مالك وأكثر محابهة ابن القاسم وغيره يجبر ما لم تنقض
عدتها وقال أشبه لا يجبر الا في الحيضة الاولى والذين قالوا بالامر بالرجعة اختلفوا متى يوقع الطلاق
بعد الرجعة ان شاء فقوم اشتراطوا في الرجعة ان يمسكها حتى تظهر من تلك الحيضة ثم يحيض ثم تظهر
ثم ان شاء طلقها وان شاء أمسكها وبه قال مالك والشافعي وجاعة وقوم قالوا بل يرجعها فاذا ظهرت
من تلك الحيضة التي طلقها فيها فان شاء أمسك وان شاء طلق وبه قال أبو حنيفة والكوفيون وكل من
اشترب في طلاق السنة ان يطلقها في طهر لم يمسه فيه لم ير الامر بالرجعة اذا طلقها في طهر يمسه فيه فماذا
أربع مسائل أحدها هل يقع هذا الطلاق أم لا والثانية ان وقع فهل يجبر على الرجعة أم يؤمر فقط
والثالثة متى يوقع الطلاق بعد الاجبار والندب والرابعة متى يقع الاجبار (أما المسئلة الاولى) فإن
الجمهور انما صاروا الى ان الطلاق ان وقع في الحيض اعتد به وكان طلاقاً لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث
ابن عمر مره فلما رجعا قالوا والرجعة لا تكون الا بعد طلاق وروى الشافعي عن مسلم بن خالد عن ابن
سريج انهم أرسلوا الى نافع يسألونه هل حسبت تطليقة ابن عمر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم
قال نعم وروى انه الذي كان يقتي به ابن عمر وأما من لم ير هذا الطلاق واقفاً فإنه اعقد عموم قوله صلى الله
عليه وسلم كل فعل أو عمل ليس عليه أمرنا فهو رده وقالوا أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم برده

يشعر بعدم نفوذه وبوقوعه وبالجملة فسبب الاختلاف هل الشروط التي اشترطها الشرع في الطلاق السني هي شروط صحة وأجزاء أم شروط كمال وتعمام فمن قال شروط أجزاء قال لا يقع الطلاق الذي عدم هذه الصفة ومن قال شروط كمال وتعمام قال يقع ويندب إلى أن يقع كاملاً ولذلك من قال بوقوع الطلاق وجبته على الرجعة فقد تناقض فتدبر ذلك (وأما المسئلة الثانية) وهي هل يجبر على الرجعة أو لا يجبر فمن اعتقد ظاهر الأمر وهو الوجوب على ما هو عليه عند الجمهور قال يجبر ومن لحظ هذا المعنى الذي قلناه من كون الطلاق واقعا قال هذا الأمر هو على النسب (وأما المسئلة الثالثة) وهي متى يوقع الطلاق بعد الإيجاب فإن من اشترط في ذلك أن يمسه حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر فأنما صار لذلك لانه المنصوص عليه في حديث ابن عمر المتقدم قالوا والمعنى في ذلك لتصح الرجعة بالوطء وعلى هذا التعليل بعد الحيض لانه لو طلقها في الطهر الذي بعد الحيضة لم يكن عليها من الطلاق الآخرة لانه كان يكون كالطلق قبل الدخول وبالجملة فقالوا ان من شرط الرجعة وجود زمان يصح فيه الوطء وعلى هذا التعليل يكون من شروط طلاق السنة ان يطلقها في طهر لم يطلق في الحيضة التي قبله وهو أحد الشروط المشتركة عند مالك في طلاق السنة فيما ذكره عبد الوهاب وأما الذين لم يشترطوا ذلك فانهم صاروا إلى ما روى يونس بن جبير وسعيد بن جبير وابن سيرين ومن تابعهم عن ابن عمر في هذا الحديث انه قال راجعها فإذا طهرت طلقها ان شاء وقالوا المعنى في ذلك انه انما أمر بالرجوع عقوبة له لانه طلق في زمان كره له فيه الطلاق فإذا ذهب ذلك الزمان وقع منه الطلاق على وجه غير مكره فسبب اختلافهم تعارض الآثار في هذه المسئلة وتعارض مفهوم العلة (وأما المسئلة الرابعة) وهي متى يجبر فأنما ذهب مالك إلى انه يجبر على رجعتها لطول زمان العدة لانه الزمان الذي له فيه ارجعها وأما أشهب فانه انما صار في هذا إلى ظاهر الحديث لان فيه مره فليراجعها حتى تطهر فدل ذلك على أن المراجعة كانت في الحيضة وأيضا فإنه قال انما أمر بمراجعها ثلاث طول عليها العدة فإنه اذا وقع عليها الطلاق في الحيضة لم تعتد بها باجماع فان قلنا انه يرجعها في غير الحيضة كان ذلك عليها أطول وعلى هذا التعليل فينبغي ان يجوز ايقاع الطلاق في الطهر الذي بعد الحيضة فسبب الاختلاف هو سبب اختلافهم في علة الأمر بالرد

﴿ الباب الثالث في الخلع ﴾

واسم الخلع والفدية والصلح والمبارأة كلها تؤل إلى معنى واحد وهو بذل المرأة العوض على طلاقها الا ان اسم الخلع يختص ببذله جميع ما أعطاه والصلح ببعضه والفدية بكثرة المبارأة بأسقاطها عنه حقها عليه على ما زعم الفقهاء والكلام ينحصر في أصول هذا النوع من الفراق في أربعة فصول في جواز وقوعه أولا ثم ثانيا في شروط وقوعه أعني جواز وقوعه ثم ثالثا في نوعه أعني هل هو طلاق أو فسخ ثم رابعا في بلوغه من الأحكام

﴿ الفصل الاول ﴾

فأما جواز وقوعه فعليه أكثر العلماء والاصل في ذلك الكتاب والسنة أما الكتاب فقوله تعالى (فلا جناح عليهما فيما افتدت به) وأما السنة فحديث ابن عباس ان امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ثابت بن قيس لأعيب عليه في خلق ولادين ولكن أكره الكفر بعد الدخول في الاسلام فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أتردين عليه حديثه قالت نعم قال رسول الله

صلى الله عليه وسلم اقبل الحديقة وطلقها طلقة واحدة خرجه بهذا اللفظ البخارى وأبو داود والنسائى وهو حديث متفق على صحته وشذأ أبو بكر بن عبد الله المزنى عن الجمهور فقال لا يحل للزوج ان يأخذ من زوجته شيئاً واستدل على ذلك بأنه زعم ان قوله تعالى (فلا جناح عليهما فيما اقتدت به) منسوخ بقوله تعالى (وان أردتم استبدل الزوج مكان زوج وآتيتم احداهن قطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً) الآية والجمهور على أن معنى ذلك بغير رضاها وامبارضاها جائز فسبب الخلاف حل هذا اللفظ على عمومه أو على خصوصه

❦ الفصل الثانى ❦

فاما شروط جوازها فمما يرجع الى القدر الذى يجوز فيه ومنها ما يرجع الى صفة الشئ الذى يجوز به ومنها ما يرجع الى الحال التى يجوز فيها ومنها ما يرجع الى صفة من يجوز له الخلع من النساء ومن أولياهن عن لائمه أمرها فى هذا الفصل أربع مسائل (المسئلة الأولى) أما مقدار ما يجوز لها ان تختلع به فان مالها والشافعى وجاعة قالوا جائز ان تختلع المرأة باكثر مما يصير لها من الزوج في صداقها اذا كان النشوز من قبلها ومثله وبأقل منه وقال قائلون ليس له ان يأخذ أكثر مما أعطاها على ظاهر حديث ثابت فمن شبهه بسائر الاعراض في المعاملات رأى ان القدر فيه راجع الى الرضا ومن أخذ بظاهر الحديث لم يجوز أكثر من ذلك وكأنه رآه من باب أخذ المال بغير حق (المسئلة الثانية) وأما صفة العوض فان الشافعى وأبا حنيفة يشترطان فيه ان يكون معلوم الصفة ومعلوم الوجود ومالك يجوز فيه المجهول للوجود والقدر والمعلوم مثل الآبى والشارد والثمره التى لم يبد صلاحها والعبد غير الموصوف وحكى عن أى حنيفة جواز الفرر ومنع المعلوم وسبب الخلاف تردد العوض ههنا بين العوض فى البيوع والأشياء الموهوبة والموصى بها فمن شبهها بالبيوع اشترط فيه ما يشترط فى البيوع وفى أعراض البيوع ومن شبهه بالهبات لم يشترط ذلك واختلفوا اذا وقع الخلع بما لا يحل كالخنزير هل يجب له اعوض أم لا بعد اتفاقهم على ان الطلاق يقع فقال مالك لا تستحق عوضاً وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعى يجب لها مهر المثل (٧) (المسئلة الثالثة) وأما ما يرجع الى الحال التى يجوز فيها الخلع من التى لا يجوز فان الجمهور على أن الخلع جائز مع التراضى اذ لم يكن سبب رضاها بما تعطيه اضراره بها والاصل فى ذلك قوله تعالى (ولا تعاضواهن لذهبوا ببعض ما آتيتوهن الا أن يأتين بفاحشة مبينة) وقوله تعالى (فان خفتم أن لا يقبحا حدود الله فلا جناح عليهما فيما اقتدت به) وشذأ أبو قلابه والحسن البصرى فقال لا يحل للرجل الخلع عليها حتى يشاهدها تزنى وحلوا الفاحشة فى الآية على الزنا وقال داود لا يجوز الا بشرط الخوف أن لا يقبحا حدود الله على ظاهر الآية وشذأ النعمان فقال يجوز الخلع مع الاضرار والفقهاء ان الفداء انما جعل للمرأة فى مقابلة ما يبد الرجل من الطلاق قائماً لجعل الطلاق بيد الرجل اذ افرك المرأة جعل الخلع بيد المرأة اذ افركت الرجل فيتحصل فى الخلع خمسة أقوال قول انه لا يجوز أصلاً وقول انه يجوز على كل حال أى مع الضرر وقول انه لا يجوز الا مع مشاهدة الزنا وقول مع خوف أن لا يقبحا حدود الله وقول انه يجوز فى كل حال الا مع الضرر وهو المشهور (المسئلة الرابعة) وأما من يجوز له الخلع عن لا يجوز فانه لا خلاف عند الجمهور ان الرشيدة تخالع عن نفسها وان الامه لا تخالع عن نفسها الا برضا سيدها وكذلك السفينة مع وليها عند من يرى الحجر وقال مالك يخالع الاب على ابنته الصغيرة كما يستكحها وكذلك (٧) هكذا جميع النسخ ولعل الصواب يجب عليها فان العوض راجع للزوج فليتأمل اه مصححه

على ابنه الصغير لانه عنده يطلق عليه والخلاف في الابن الصغير قال الشافعي وأبو حنيفة لا يجوز لانه لا يطلق عليه عندهم والله أعلم وخلع المريضة يجوز عند مالك اذا كان بقدر ميراثه منها وروى ابن نافع عن مالك انه يجوز خلعها بالثلث كله وقال الشافعي لو اختلعت بقدر مهر مثلها جاز وكان من رأس المال وان زاد على ذلك كانت الزيادة من الثلث وأما المهرمة التي لا وصى لها ولأب فقال ابن القاسم يجوز خلعها اذا كان خلع مثلها والجمهور على أنه يجوز خلع المالكه لنفسها وشدا الحسن وابن سيرين فقالا لا يجوز الخلع الا باذن السلطان

﴿ الفصل الثالث ﴾

وأما نوع الخلع فجمهور العلماء على أنه طلاق وبه قال مالك وأبو حنيفة سوى بين الطلاق والفسخ وقال الشافعي هو فسخ وبه قال أحمد وداود ومن الصحابة ابن عباس وقدرى عن الشافعي أنه كناية فان أراد به الطلاق كان طلاقا والا كان فسخا وقد قيل عنه في قوله الجديد انه طلاق وقائدة الفرق هل يعتد به في التطليقات أم لا وجمهور من رأى أنه طلاق يجعله بائنا لأنه لو كان للزوج في العدة منه الرجعة عليها لم يكن لا فتدائها معنى وقال أبو ثور ان لم يكن بلفظ الطلاق لم يكن له عليها رجعة وان كان بلفظ الطلاق كان له عليها الرجعة احتج من جعله طلاقا بأن الفسوخ انما هي التي تقتضي الفرقة الغالية للزوج في الفراق مما ليس يرجع الى اختياره وهذا راجع الى الاختيار فليس بفسخ واحتج من لم يره طلاقا بأن الله تبارك وتعالى ذكر في كتابه الطلاق فقال (الطلاق مرتان) ثم ذكر الافتداء ثم قال (فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره) فلو كان الافتداء طلاقا لكان الطلاق الذي لا تحل له فيه الا بعد زوج هو الطلاق الرابع وعند هؤلاء ان الفسوخ تقع بالتراضي قياسا على فسوخ البيع أعنى الاقالة وعند المخالف ان الآية انما تضمنت حكم الافتداء على أنه شيء يلحق جميع أنواع الطلاق لانه شيء غير الطلاق فبسبب الخلاف هل اقتران العوض بهذه الفرقة يخرجها من نوع فرقة الطلاق الى نوع فرقة الفسخ أم ليس يخرجها

﴿ الفصل الرابع ﴾

وأما الواحقه ففروع كثيرة لكن نذكر منها ما شهر فنها هل يرتد على المختلة طلاق أم لا فقال مالك لا يرتد الا ان كان الكلام متصلا وقال الشافعي لا يرتد وان كان الكلام متصلا وقال أبو حنيفة يرتد ولم يفرق بين الفور والتراخي وسبب الخلاف ان العدة عند الفريق الأول من أحكام الطلاق وعند أبي حنيفة من أحكام النكاح ولذلك لا يجوز عنده أن ينكح مع المبتوتة أختها فن رآها من أحكام النكاح ارتد الطلاق عنده ومن لم يرتد لم يرتد ومنها ان جمهور العلماء أجعوا على أنه لا رجعة للزوج على المختلة في العدة الا ما روى عن سعيد بن المسيب وابن شهاب انهما قالان ان رد لها ما أخذ منها في العدة أشهد على رجعتها والفرق الذي ذكرناه عن أبي ثور بين أن يكون بلفظ الطلاق أولا يكون ومنها ان الجمهور أجعوا على ان له أن يزوجها برضاها في عدتها وقالت فرقة من المتأخرين لا يزوجها هو ولا غيره في العدة وسبب اختلافهم هل المنع من النكاح في العدة عبادة أو ليست بعبادة بل محل واختلقا في عدة المختلة وسبب في بعد واختلقوا اذا اختلف الزوج والزوجة في مقدار العد الذي وقع به الخلع فقال مالك القول قوله ان لم يكن هنالك يئنه وقال الشافعي يتحالفان ويكون عليها مهر المثل شبه الشافعي اختلافا باختلاف المتبايعين وقال مالك هي مدعى عليها وهو مدع ومساائل هذا الباب كثيرة

واختلف قول مالك رحمه الله في الفرق بين الفسخ الذي لا يعتد به في التطليقات الثلاث وبين الطلاق الذي يعتد به في الثلاث الى قولين أحدهما ان النكاح ان كان فيه خلاف خارج عن مذهبه أعني في جوازه وكان الخلاف مشهورا فالفرقة عنده فيه طلاق مثل الحكم بتزويج المرأة نفسها والمحرم فهذه على هذه الرواية هي طلاق لا فسخ والقول الثاني ان الاعتبار في ذلك هو بالسبب الموجب للفرق فان كان غير راجع الى الزوجين بمال أو أراقمة على الزوجية معه لم يصح كان فسخا مثل نكاح المحرمة بالرضاع أو النكاح في العدة وان كان بمالهما ان يقبعا عليه مثل الرد بالعيب كان طلاقا

﴿ الباب الخامس ﴾

ومما بعد من أنواع الطلاق مما يرى ان له أحكاما خاصة التملك والتخير والتمليك عن مالك في المشهور غير التخير وذلك ان التملك هو عنده تملك المرأة ايقاع الطلاق فهو يحقل الواحدة فافوقها وذلك له أن بنا كرها عنده فيما فوق الواحدة واختيار بخلاف ذلك لأنه يقتضي ايقاع طلاق تنقطع معه العصمة الآن يكون تخيرا مقيدا مثل أن يقول لها اختاري نفسك أو اختاري تطليقة أو تطليقتين ففي اختيار المطلق عند مالك ليس لها الآن تختار زوجها أو تبين منه بالثلاث وان اختارت واحدة لم يكن لها ذلك والمملكة لا يبطل تملكها عنده ان لم توقع الطلاق حتى يطول الأمر بها على إحدى الروايتين أو يتفرقا من المجلس والرواية الثانية أنه يبقى لها التملك الى أن ترد أو تطلق والفرق عند مالك بين التملك وتوكيله اياها على تطليق نفسها ان في التوكيل له أن يعز لها قبل أن تطلق وليس له ذلك في التملك وقال الشافعي اختاري وأمرك بيدك سواء ولا يكون ذلك طلاقا الآن ينويه وان نواه فهو مأرأدان واحدة فواحدة وان ثلاثا فثلاث فله عنده ان بنا كرها في الطلاق نفسه وفي العدة في اختيار أو التملك وهي عنده ان طلقت نفسها رجعية وكذلك هي عند مالك في التملك وقال أبو حنيفة وأصحابه الخيار ليس بطلاق فان طلقت نفسها في التملك واحدة فهي بائنة وقال الثوري الخيار والتمليك واحد لا فرق بينهما وقد قيل القول قولها في اعداد الطلاق في التملك وليس للزوج منكرتها وهذا القول مروى عن علي وابن المسيب وبه قال الزهري وعطاء وقد قيل انه ليس للمرأة في التملك الا أن تطلق نفسها تطليقة واحدة وذلك مروى عن ابن عباس وعمر رضي الله عنهما روى انه جاء ابن مسعود رجل فقال كان بيني وبين امرأة شيء ما يكون بين الناس فقالت لو أن الذي بيدك من أمرى يبدى لعلمي كيف أصنع قال فان الذي يبدى من أمرك بيدك قالت فانت طالق ثلاثا قال أراها واحدة وأنت أحق بهامدات في عدتها وسألني أمير المؤمنين عمر ثم لقيه فقص عليه القصة فقال صنع الله بالرجال وفعل يعصمون الى ما جعل الله في أيديهم فيجعلونه بأيدي النساء بشيها التراب ماذا قلت فيها قال قلت أراها واحدة وهو أحق بها قال وأنا أرى ذلك ولو رأيت غير ذلك علمت انك لم تنسب وقد قيل ليس التملك بشيء لأن ما جعل الشرع بيد الرجل ليس يجوز أن يرجع الى يد المرأة بجعل جاعل وكذلك التخير وهو قول أبي محمد ابن حزم وقول مالك في المملكة ان لها الخيار في الطلاق أو البقاء على العصمة مادامت في المجلس وهو قول الشافعي وأبي حنيفة والأوزاعي وجاعة فقهاء الامصار وعند الشافعي أن التملك اذا أراد به

الطلاق كالوكالة وله ان يرجع في ذلك متى أحب ذلك ما لم يقع الطلاق وانما صار الجمهور للقضاء بالتملك أو التخيير وجعل ذلك للنساء لما ثبت من تخيير رسول الله صلى الله عليه وسلم نساءه قالت عائشة خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخترناه فلم يكن طلاقا لكن أهل الظاهر يرون ان معنى ذلك انهم لو اخترن أنفسهن طلقهن رسول الله صلى الله عليه وسلم لانهم كن يطلقن بنفس اختيار الطلاق وانما صار جمهور الفقهاء الى ان التخيير والتمليك واحد في الحكم لان من عرف دلالة اللغة ان من ملك انسانا أمر من الامور ان شاء ان يفعله ولا يفعله فانه قد خيره وأما مالك فيرى ان قوله لما اختارني أو اختارني نفسك انه ظاهر يعرف الشرع في معنى البيئونة بتخيير رسول الله صلى الله عليه وسلم نساءه لأن المفهوم منه انما كان البيئونة وانما رأى مالك أنه لا يقبل قول الزوج في التملك أنتم لم يرد به طلاقا اذ اعزم ذلك لانه لفظ ظاهر في معنى جعل الطلاق بيدها وأما الشافعي فلما لم يكن اللفظ عنده نصا اعتبر فيه النية فسبب الخلاف هل يغلب ظاهر اللفظ أو دعوى النية وكذلك فعل في التخيير وانما اتفقوا على ان له مناكرته في العدد أعني في لفظ التملك لانه لا يدل عليه دلالة محتملة فضلا عن ظاهره وانما رأى مالك والشافعي أنه اذا طلقت نفسها بتمليكها اياها طلقة واحدة انها تكون رجعية لان الطلاق انما يحتمل على العرف الشرعي وهو طلاق السنة وانما رأى أبو حنيفة انها بائنة لانه اذا كان له عليها رجعة لم يكن لما طلبت من التملك فائدة ولما قصد هو من ذلك وأما من رأى ان لها أن تطلق نفسها في التملك ثلاثا وانها ليس للزوج مناكرته في ذلك فلان معنى التملك عنده انما هو تصيير جميع ما كان بيد الرجل من الطلاق بيد المرأة فهي مخيرة فيما توقعه من أعداد الطلاق وأما من جعل التملك طلقة واحدة فقط أو التخيير فانما ذهب الى انه أقل ما ينطبق عليه الاسم واحتياط للرجال لان العلة في جعل الطلاق بأيدي الرجال دون النساء هو لنقصان عقلهن وغلبة الشهوة عليهن مع سوء المعاشرة وجهور العلماء على ان المرأة اذا اختارت زوجها انه ليس بطلاق لقول عائشة المتقدم وروى عن الحسن البصري انها اذا اختارت زوجها واحدة واذا اختارت نفسها ثلاثا فيتحصل في هذه المسئلة الخلاف في ثلاثة مواضع أحدها أنه لا يقع بواحد منهما طلاق والثاني أنه تقع بينهما فرقة والثالث الفرق بين التخيير والتمليك فيما تملك به المرأة أعني ان تملك بالتخيير البيئونة وبالتملك مادون البيئونة واذا قلنا بالبيئونة فقول تملك واحدة وقيل تملك الثلاث واذا قلنا انها تملك واحدة فقيل رجعية وقيل بائنة وأما حكم الالفاظ التي تجب بها المرأة في التخيير والتمليك فهي ترجع الى حكم الالفاظ التي يقع بها الطلاق في كونها صريحة في الطلاق أو كناية أو محتملة وسيا في تفصيل ذلك عند التكم في ألفاظ الطلاق (الجملة الثانية) وفي هذه الجملة ثلاث أبواب الباب الاول في ألفاظ الطلاق وشروطه الباب الثاني في تفصيل من يجوز طلاقه عن لايجوز الباب الثالث في تفصيل من يقع عليها الطلاق من النساء من لا يقع

﴿ الباب الاول ﴾

وهذا الباب فيه فصلان الفصل الاول في أنواع ألفاظ الطلاق المطلقة الفصل الثاني في أنواع ألفاظ

﴿ الفصل الاول ﴾

الطلاق المقيدة

أجمع المسلمون على ان الطلاق يقع اذا كان بنية و بلفظ صريح واختلفوا هل يقع بالنية مع اللفظ الذي ليس بصريح أو بالنية دون اللفظ أو باللفظ دون النية فن اشترط النية واللفظ الصريح فاتباعا لظاهر

للشرع وكذلك من أقام الظاهر مقام الصريح ومن شبه بالعقد في النذر وفي اليمين أو قعه بالنية فقط ومن أعمل التهمة أو قعه باللفظ فقط وافق الجمهور على أن ألفاظ الطلاق المطلقة صنفان صريح وكناية واختلفوا في تفصيل الصريح من الكناية وفي أحكامها وما يلزم فيها وبمحن فأنما قصدنا من ذلك ذكر المشهور وما يجري مجرى الأصول فقال مالك وأصحابه الصريح هو لفظ الطلاق فقط وباعدا ذلك كناية وهي عنده على ضربين ظاهرة ومحملة وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي ألفاظ الطلاق الصريحة ثلاث الطلاق والفراق والسراح وهي المذكورة في القرآن وقال بعض أهل الظاهر لا يقع طلاق إلا بهذه الثلاث فهذا هو اختلافهم في صريح الطلاق من غير صريحه وإنما اتفقوا على أن لفظ الطلاق صريح لأن دلالاته على هذا المعنى الشرعي دلالة وضعية بالشرع فصار أصلا في هذا الباب وأما ألفاظ الفراق والسراح فهي مترددة بين أن يكون للشرع فيها تصرف أعني أن تدل بعرف الشرع على المعنى الذي يدل عليه الطلاق أو هي باقية على دلالتها اللغوية فإذا استعملت في هذا المعنى أعني في معنى الطلاق كانت مجازا ان هذا هو معنى الكناية أعني اللفظ الذي يكون مجازا في دلالاته وإنما ذهب من ذهب إلى أنه لا يقع الطلاق إلا بهذه الألفاظ الثلاثة لأن الشرع إنما ورد بهذه الألفاظ الثلاثة وهي عبادة ومن شرطها اللفظ فوجب أن يقتصر بها على اللفظ الشرعي الوارد فيها فأما اختلافهم في أحكام صريح الطلاق ففيه مسئلتان مشهورتان أحدهما اتفق مالك والشافعي وأبو حنيفة عليها والثانية اختلفوا فيها فأما التي اتفقوا عليها فإن مالكا والشافعي وأبا حنيفة قالوا لا يقبل قول المطلق إذا تعلق بألفاظ الطلاق أنه لم يرد به طلاقا إذا قال لزوجته أنت طالق وكذلك السراح والفراق عند الشافعي واستندت المالكية بأن قالت الآن تقرن بالحالة أو بالمرأة فريضة تدل على صدق دعواه مثل أن تسأله أن يطلقها من وثاق هي فيه وشبهه فيقول لها أنت طالق وفقه المسئلة عند الشافعي وأبي حنيفة أن الطلاق لا يحتاج عندهم إلى نية وأما مالك فالمشهور عنه أن الطلاق عنده يحتاج إلى النية لكن لم ينو ههنا موضع التهم ومن رأيه الحكم بالتهم سد للنرائع وذلك بما خالفه فيه الشافعي وأبو حنيفة فيجب على رأي من يشترط النية في ألفاظ الطلاق ولا يحكم بالتهم أن يصدق فيها دعي (وأما المسئلة الثانية) فهي اختلافهم فيمن قال لزوجته أنت طالق ودعي أنه أراد بذلك أكثر من واحدة أما اثنين وأما ثلاثا فقال مالك هو مانوي وقيل زمه وبه قال الشافعي الآن يقيد فيقول طلقة واحدة وهذا القول هو المختار عند أصحابه وأما أبو حنيفة فقال لا يقع ثلاث بلفظ الطلاق لأن العدد لا يتضمنه لفظ الأفراد لا كناية ولا تصرفا وسبب اختلافهم هل يقع الطلاق بالنية دون اللفظ أو بالنية مع اللفظ المحتمل فمن قال بالنية أوجب الثلاث وكذلك من قال بالنية واللفظ المحتمل ورأى أن لفظ الطلاق يحتمل العدد ومن رأى أنه لا يحتمل العدد وأنه لا بد من اشتراط اللفظ في الطلاق مع النية قال لا يجب العدد وإن نواه وهذه المسئلة اختلفوا فيها وهي من مسائل شروط ألفاظ الطلاق أعني اشتراط النية مع اللفظ أو بانفراد أحدهما فالمشهور عن مالك أن الطلاق لا يقع إلا باللفظ والنية وبه قال أبو حنيفة وقسروا عنه أنه يقع باللفظ دون النية وعند الشافعي أن لفظ الطلاق الصريح لا يحتاج إلى نية فمن اكتفى بالنية احتج بقوله صلى الله عليه وسلم إنما الأعمال بالنيات ومن لم يعتبر النية دون اللفظ احتج بقوله عليه الصلاة والسلام رفع عن أمتي الخطأ والنسيان

وما حدثت به أنفسها والنية دون قول حديث نفس قال وليس يلزم من اشتراط النية في العمل في الحديث المتقدم ان تكون النية كافية بنفسها واختلف المذهب هل يقع بلفظ الطلاق في المدخول بها طلاق بان اذا قصد ذلك المطلق ولم يكن هنالك عوض فقيل يقع وقيل لا يقع وهذه المسئلة هي من مسائل أحكام صريح ألفاظ الطلاق وأما ألفاظ الطلاق التي ليست بصريح فنهاهي كناية ظاهرة عندمالك ومنها ماهي كناية محتملة ومنهيب مالك أنه اذا ادعى في الكناية الظاهرة انه لم يرد طلاقا لم يقبل قوله الا أن تكون هنالك قرينة تدل على ذلك كراهيه في الصريح وكذلك لا يقبل عنده ما يدعيه من دون الثلاث في الكنايات الظاهرة وذلك في المدخول بها الا أن يكون قالدذلك في الخلع وأما غير المدخول بها فيصدق في الكناية الظاهرة فيما دون الثلاث لأن طلاق غير المدخول بها بان وهذه هي مثل قولهم حبلك على غاربك ومثل البتة ومثل قولهم أنت خلية وبرية وأما مذهب الشافعي في الكنايات الظاهرة فانه يرجع في ذلك الى ما نواه فان كان نوى طلاقا كان طلاقا وان كان نوى ثلاثا كان ثلاثا أو واحدة كان واحدة ويصدق في ذلك وقول أبي حنيفة في ذلك مثل قول الشافعي الا أنه اذا نوى على أصله واحدة أو اثنتين وقع عنده طلقة واحدة بآئته وان اقترنت به قرينة تدل على الطلاق وزعم أنه لم ينو لم يصدق وذلك اذا كان عنده في مذاكرته الطلاق وأبو حنيفة يطلق بالكنايات كلها اذا اقترنت بها هذه القرينة الأربع حبلك على غاربك واعتدى واستبرأ وتنفى لأنها عنده من المحتملة غير الظاهرة وأما ألفاظ الطلاق المحتملة غير الظاهرة فعند مالك أنه يعتبر فيها نيته كالحال عند الشافعي في الكناية الظاهرة وخالفه في ذلك جمهور العلماء فقالوا ليس فيها شيء وان نوى طلاقا فيحصل في الكنايات الظاهرة ثلاثة أقوال قول أنه يصدق باطلاق وهو قول الشافعي وقول أنه لا يصدق باطلاق الا أن يكون هنالك قرينة وهو قول مالك وقول أنه يصدق الا أن يكون في مذاكرة الطلاق وهو قول أبي حنيفة وفي المذهب خلاف في مسائل يتردد حلها بين الظاهر والمحتمل وبين قوتها وضعفها في الدلالة على صفة البينونة فوقع فيها الاختلاف وهي راجعة الى هذه الأصول وانما صار مالك الى أنه لا يقبل قوله في الكنايات الظاهرة انه لم يرد به طلاقا لأن العرف اللغوي والشرعي شاهد عليه وذلك ان هذه الالفاظ انما تلفظ بها الناس غالبا والمراد بها الطلاق الا أن يكون هنالك قرينة تدل على خلاف ذلك وانما صار الى أنه لا يقبل قوله فيما يدعيه دون الثلاث لأن الظاهر من هذه الالفاظ هو البينونة والبينونة لا تقع الا خلا عنه في المشهور أو ثلاثا واذا لم تقع خلا لانه ليس هناك عوض فبقي أن يكون ثلاثا وذلك في المدخول بها ويتخرج على القول في المذهب بأن البائن تقع من دون عوض ودون عدد أن يصدق في ذلك وتكون واحدة بآئته وحجة الشافعي انه اذا وقع الاجماع على أنه يقبل قوله فيما دون الثلاث في صريح ألفاظ الطلاق كان أخرى أن يقبل قوله في كنايته لان دلالة الصريح أقوى من دلالة الكناية ويشبه أن تقول المالكية ان لفظ الطلاق وان كان صريحا في الطلاق فليس بصريح في العدد ومن الحجة للشافعي حديث ركائة المتقدم وهو مذهب عمر في حبلك على غاربك وانما صار الشافعي الى أن الطلاق في الكنايات الظاهرة اذا نوى ما دون الثلاث يكون رجعا لحديث ركائة المتقدم وصار أبو حنيفة الى أنه يكون بائنا لانه المقصود به قطع العصمة ولم يجعله ثلاثا لان الثلاث معنى زائد على البينونة عنده فسبب اختلافهم هل يقدم عرف

اللفظ على النية أو النية على عرف اللفظ وإذا غلبنا عرف اللفظ فهل يقتضى الدينونة فقط أو العدد فمن قدم النية لم يقض عليه بعرف اللفظ ومن قدم العرف الظاهر لم يلتفت إلى النية وبما اختلف فيه الصدر الأول وفقهاء الامصار من هذا الباب أعنى من جنس المسائل الداخلة في هذا الباب لفظ التحريم أعنى من قال لزوجه أنت على حرام وذلك أن مالكا قال يحمل في المدخول بها على البت أى الثلاث وينوى في غير المدخول بها وذلك على قياس قوله المتقدم في الكتابات الظاهرة وهو قول ابن أبي ليلى وزيد بن ثابت وعلى من الصحابة وبه قال أصحابه إلا ابن الماجشون فإنه قال لا ينوى في غير المدخول بها وتكون ثلاثا فهذا هو أحد الأقوال في هذه المسئلة والقول الثانى انه ان نوى بذلك ثلاثا فهي ثلاث وان نوى واحدة فهي واحدة باثثة وان نوى ميمنا فهو ميمن يكفرها وان لم ينو به طلاقا ولا ميمنا فليس بشئ هي كذبة وقال بهذا القول الثورى والقول الثالث أنه يكون أيضا ما نوى بها ان نوى واحدة أو ثلاثا فثلاث وان لم ينو شيئا فهو ميمن يكفرها وهذا القول قاله الاوزاعى والقول الرابع أنه ينوى فيها في الموضعين في ارادة الطلاق وفي عدده فما نوى كان ما نوى فان نوى واحدة كان رجعا وان أراد تحريمها بغير طلاق فعليه كفارة ميمن وهو قول الشافعى والقول الخامس انه ينوى أيضا في الطلاق وفي العدد فان نوى واحدة كانت باثثة فان لم ينو طلاقا كانت ميمنا وهو ممول فان نوى الكذب فليس بشئ وهذا القول قاله أبو حنيفة وأصحابه والقول السادس انها ميمن يكفرها ما يكفرها ميمن الآن بعض هؤلاء قال ميمن مغلظة وهو قول عمر وابن مسعود وابن عباس وجماعة من التابعين وقال ابن عباس وقد سئل عنها لقد كان لكم في رسول الله أسوة حسنة خرج به البخارى ومسلم ذهب إلى الاحتجاج بقوله تعالى (يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك) الآية والقول السابع ان تحريم المرأة كتحريم الماء فليس فيه كفارة ولا طلاق لقوله تعالى (لا تحرموا طيبات ما أحل الله لكم) وهو قول مسروق والأجدع وأبى سلمة بن عبد الرحمن والشعبي وغيرهم ومن قال فيها انها غير مغلظة بعضهم أوجب فيها الواجب في الظاهر وبعضهم أوجب فيها عتق رقبة وسبب الاختلاف هل هو ميمن أو كتابة أو ليس ميمن ولا كتابة فهذه أصول ما يقع من الاختلاف في ألفاظ الطلاق

في الفصل الثانى في ألفاظ الطلاق المقيدة

والطلاق المقيد لا يخول من قسمين إما تقييد اشتراط أو تقييد استثناء والتقييد المشترط لا يخول ان يتعلق بمشينة من له اختيار أو بوقوع فعل من الأفعال المستقبلية أو بخروج شئ مجهول العلم إلى الوجود على ما يدعيه المعلق للطلاق به مما لا يتوصل إلى علمه إلا بعد خروجه إلى الحس أو إلى الوجود أو بما لا سبيل إلى الوقوف عليه مما هو ممكن ان يكون أو لا يكون فأما تعليق الطلاق بالمشينة فإنه لا يخول ان يعلقه بمشينة الله أو بمشينة مخلوق فإذا علقه بمشينة الله وسواء علقه على جهة الشرط مثل أن يقول أنت طالق ان شاء الله أو على جهة الاستثناء مثل ان يقول أنت طالق الآن يشاء الله فان مالكا قال لا يؤثر الاستثناء في الطلاق شيئا وهو واقع ولا بد وقال أبو حنيفة والشافعى اذا استثنى المطلق مشينة الله لم يقع الطلاق وسبب الخلاف هل يتعلق الاستثناء بالأفعال الحاضرة الواقعة كتعلقه بالأفعال المستقبلية أو لا يتعلق وذلك ان الطلاق هو فعل حاضر فمن قال لا يتعلق به قال لا يؤثر الاستثناء ولا اعتراط المشينة في الطلاق ومن قال يتعلق به قال يؤثر فيه وأما ان علق الطلاق بمشينة من تصح مشينته ويتوصل إلى علمها

فلا خلاف في مذهبه مالك ان الطلاق يقف على اختيار النسي على الطلاق بمشيئته وأما تعليق الطلاق بمشيئة من لامشيئته ففيه خلاف في المذهب قيل يلزمه الطلاق وقيل لا يلزمه والصبي والمجنون داخلان في هذا المعنى فمن شبهه بطلاق الهزل وكان الطلاق بالهزل عنده يقع قال يقع هذا الطلاق ومن اعتبر بوجود الشرط قال لا يقع لأن الشرط قد عدم ههنا وأما تعليق الطلاق بالأفعال المستقبلية فإن الأفعال التي يعقل بها توجد على ثلاثة أضرب أحدها ما يمكن أن يقع أو لا يقع على السواء كدخول الدار وقدموز يده فهذا يقع وقوع الطلاق فيه على وجود الشرط بلا خلاف وأما ما لا بد من وقوعه كطلوع الشمس غدا فهذا يقع ناجزا عند مالك ويقف وقوعه عند الشافعي وأبي حنيفة على وجود الشرط فمن شبهه بالشرط الممكن الوقوع قال لا يقع إلا بوقوع الشرط ومن شبهه بالوطء الواقع في الأجل بنكاح المتعة لكونه وطئا مستباحا إلى أجل قال يقع الطلاق والثالث هو الأغلب منه بحسب العادة وقوع الشرط وقد لا يقع كتعليق الطلاق بوضع الحمل ويحيى الخيض والطهر في ذلك روايتان عن مالك أحدهما وقوع الطلاق ناجزا والثانية وقوعه على وجود شرطه وهو الذي يأني على مذهبه أبي حنيفة والشافعي والقول بانحياز الطلاق في هذا يضعف لأنه مشبه عنده بما يقع ولا بد واختلف فيه قوي وأما تعليق الطلاق بالشرط المجبول الوجود فإن كان لا سبيل إلى علمه مثل أن يقول إن كان خلق الله اليوم في بحر القلزم حوتا بصفة كذا فانت طالق فلا خلاف أعلمه في المذهب إن الطلاق يقع في هذا وأما ان علقه بشئ يمكن أن يعلم بخروجه إلى الوجود مثل أن يقول إن ولدت أنثى فانت طالق فإن الطلاق يتوقف على خروج ذلك الشئ إلى الوجود وأما ان حلف بالطلاق أنها تلد أنثى فإن الطلاق في الحين يقع عنده وإن ولدت أنثى وكان هذا من باب التغليظ والقياس يوجب أن يوقف الطلاق على خروج ذلك الشئ وأضده ومن قول مالك أنه إذا أوجب الطلاق على نفسه بشرط أن يفعل فعلا من الأفعال أنه لا يحث حتى يفعل ذلك الفعل وإذا أوجب الطلاق على نفسه بشرط ترك فعل من الأفعال فإنه على الحث حتى يفعل ويوقف عنده عن وطء زوجته فإن امتنع حتى ذلك الفعل أكثر من مدة أجل الإيلاء ضرب له أجل الإيلاء ولكن لا يقع عنده حتى يفوت الفعل إن كان بما يقع فوته ومن العلماء من يرى أنه على برحتى يفوت الفعل وإن كان مما لا يفوت كان على البرحتى يموت ومن هذا الباب اختلافهم في تبعض المطلقة أو تبعض الطلاق وإرداف الطلاق على الطلاق فأما مسألة تبعض المطلقة فإن مالك قال إذا قال يدك أو رجلك أو شعرك طالق طلقت عليه وقال أبو حنيفة لا تطلق إلا بد كعضو يعبر به عن جملة البدن كالرأس والقلب والفرج وكذلك تطلق عنده إذا تطلق الجزء منها مثل الثلث أو الربع وقال داود لا تطلق وكذلك إذا قال عند مالك طلقتك نصف تطليقة طلقت لأن هذا كله عنده لا ينبعض وعند المخالف إذا تبعض لم يقع وأما إذا قال لغير المدخول بها أنت طالق أنت طالق نسفا فإنه يكون ثلاثا عند مالك وقال أبو حنيفة والشافعي يقع واحدة فمن شبه تكرار اللفظ بلفظه بالعدد أعني بقوله طلقتك ثلاثا قال يقع الطلاق ثلاثا ومن رأى أنه باللفظة الواحدة قد بان منه قال لا يقع عليها الثاني والثالث ولا خلاف بين المسلمين في إردافه في الطلاق الرجعي وأما الطلاق المقيد بالاستثناء فأنما يتصور في العدد فقط فإذا أطلق أعدد من الطلاق فلا يخول من ثلاثة أحوال إيمان يستثنى ذلك العدد بعينه مثل أن يقول أنت طالق ثلاثا أو اثنتي الاثنتين وإيمان يستثنى ما هو أقل وإذا استثنى

ما هو أقل فاما أن يستثنى ما هو أقل مما هو أكثر وأما أن يستثنى ما هو أكثر مما هو أقل فإذا استثنى الأقل من الأكثر فلا خلاف أعلمه ان الاستثناء يصح ويسقط المستثنى مثل أن يقول أنت طالق ثلاثا الواحدة وأما ان استثنى الأكثر من الأقل فيتوجه فيه قولان أحدهما أن الاستثناء لا يصح وهو مبنى على من منع أن يستثنى الأكثر من الأقل والآخرا أن الاستثناء يصح وهو قول مالك وأما إذا استثنى ذلك العدد بعينه مثل ان يقول أنت طالق ثلاثا الا ثلاثا فان مالك قال يقع الطلاق لأنه اتهمه على أنه رجوع منه وأما إذا لم يقل بالثمة وكان قصده بذلك استحالة وقوع الطلاق فلا طلاق عليه كما لو قال أنت طالق لا طالق معا فان وقوع الشئ مع ضده مستحيل وشأن أبو محمد بن حزم فقال لا يقع طلاق بصفة لم تقع بعد ولا بفعل لم يقع لأن الطلاق لا يقع في وقت وقوعه الا بإيقاع من يطلق في ذلك الوقت ولادليل من كآب ولا سنة ولا إجماع على وقوع طلاق في وقت لم يوقعه فيه المطلق وانما ألزم نفسه إيقاعه فيه فان قلنا بالزوم لزم ان يوقف عند ذلك الوقت حتى يوقع هذا قياس قوله عندى وحجته وان كنت لست أذكر في هذا الوقت احتجاجه في ذلك

﴿ الباب الثاني في المطلق الجائر الطلاق ﴾

وانفقوا على أنه الزوج العاقل البالغ الحر غير المكره واختلفوا في طلاق المكره والسكران وطلاق المريض وطلاق المقارب للبالغ وانفقوا على انه يقع طلاق للمريض ان صح واختلفوا هل ترثه ان مات أم لا فأما طلاق المكره فانه غير واقع عند مالك والشافعي وأحمد وداود وجاعة وبه قال عبد الله بن عمر وابن الزبير وعمر بن الخطاب وعلى بن أبي طالب وابن عباس وفرق أصحاب الشافعي بين أن ينوى الطلاق أو لا ينوى شيئا فان نوى الطلاق فعنهم قولان أحدهما لزومه وان لم ينو فقولان أحدهما أنه لا يلزم وقال أبو حنيفة وأصحابه هو واقع وكذلك عتقه دون بيعه ففرقوا بين البيع والطلاق والعتق وسبب الخلاف هل المطلق من قبل الاكره مختار أم ليس بمختار لأنه ليس يكره على اللفظ اذ كان اللفظ انما يقع باختياره والمكره على الحقيقة هو الذي لم يكن له اختيار في إيقاع الشئ أصلا وكل واحد من الفريقين يحتاج بقوله عليه السلام رفع عن أمي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه ولكن الاظهر أن المكره على الطلاق وان كان موقع اللفظ باختياره انه ينطلق عليه في الشرع اسم المكره لقوله تعالى (الامن أكره وقلبه مطمئن بالإيمان) وانما فرق أبو حنيفة بين البيع والطلاق لأن الطلاق مغلف فيه ولذلك استوى جده وهزله وأما طلاق العبي فان المشهور عن مالك انه لا يلزمه حتى يبلغ وقال في مختصره ليس في المختصر انه يلزمه اذا ناهز الاحتلام وبه قال أحمد بن حنبل اذا هو أطاق صيام رمضان وقال عطاء اذا بلغ اثنتي عشرة سنة جاز طلاقه وروى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وأما طلاق السكران فالجمهور من الفقهاء على وقوعه وقال قوم لا يقع منهم المزني وبعض أصحاب أبي حنيفة والسبب في اختلافهم هل حكمه حكم المجنون أم بينهما فرق فن قال هو والمجنون سواء اذ كان كلاهما فاقد العقل ومن شرط التكليف العقل قال لا يقع ومن قال الفرق بينهما أن السكران أدخل الفساد على عقله بإرادته والمجنون بخلاف ذلك ألزم السكران الطلاق وذلك من باب التغليظ عليه واختلف الفقهاء فيما يلزم السكران

بالجمله من الاحكام وما لا يلزمه فقال مالك يلزمه الطلاق والعنق والقود من الجراح والقتل ولم يلزمه النكاح ولا البيع وألزمه أبو حنيفة كل شيء وقال الليث كل ما جاء من منطلق السكران فموضوع عنه ولا يلزمه طلاق ولا عتق ولا نكاح ولا بيع ولا حد في قذف وكل ما جنته جوارحه فلا يلزمه فيه حد في الشرب والقتل والزنا والسرقه وثبت عن عثمان بن عفان رضى الله عنه انه كان لا يرى طلاق السكران وزعم بعض أهل العلم انه لا يخالف لعثمان في ذلك من الصحابة وقول من قال ان كل طلاق جائز الاطلاق المعتوه ليس نصا في الزام السكران الطلاق لأن السكران معتوه وما به قال داود وأبو ثور واسحق وجاعته من التابعين أعنى أن طلاقه ليس يلزم وعن الشافعي القولان في ذلك واختار أكثر أصحابه قوله الموافق للجمهور واختار المزني من أصحابه أن طلاقه غير واقع. وأما المريض الذى يطلق طلاقا باتناؤا يموت من مرضه فان مالك وجاعه يقول ترثه زوجته والشافعي وجاعته لا يرثها والذين قالوا بتورثها انقسموا ثلاث فرق ففرقة قالت لها الميراث مادامت في العدة وعن قال بذلك أبو حنيفة وأصحابه والثوري وقال قوم لها الميراث ما لم تزوج وعن قال بهذا أحمد وابن أبي ليلى وقال قوم بل ترث كانت في العدة أولم تكن تزوجت أم لم تزوج وهو من ذهب مالك والليث وسبب الخلاف اختلافهم في وجوب العمل بسد الثرائع وذلك أنه لما كان المريض يهيم في أن يكون انما يطلق في مرضه زوجته ليقطع حظها من الميراث فمن قال بسد الثرائع أوجب ميراثها ومن لم يقل بسد الثرائع وحظ وجوب الطلاق لم يوجب لها ميراثا وذلك ان هذه الطائفة تقول ان كان الطلاق قد وقع فيجب أن يقع بجميع أحكامه لانهم قالوا انه لا يرثها ان ماتت وان كان لم يقع فالزوجة باقية بجميع أحكامها ولا بد لخصومهم من أحد الجوابين لأنه يصح أن يقال ان في الشرع نوعان من الطلاق توجده بعض أحكام الطلاق وبعض أحكام الزوجية وأعسر من ذلك القول بالفرق بين أن يصح أو لا يصح لأن هذا يكون طلاقا موقوف الحكم الى أن يصح أو لا يصح وهذا كله مما يعسر القول به في الشرع ولكن انما أنس القائلين به انه فتوى عثمان وعمر حتى زعمت المالكية انه اجماع الصحابة ولا معنى لقولهم فان الخلاف فيه عن ابن الزبير مشهور وأما من رأى انها ترث في العدة فلان العدة عنده من بعض أحكام الزوجية وكأنه شبهها بالمطلقة الرجعية وروى هذا القول عن عمر وعن عائشة وأما من اشترط في تورثها لم تزوج فانه لخط في ذلك اجماع المسلمين على أن المرأة الواحدة لا ترث زوجين ولكون التهمة هي العلة عند الذين أوجبوا الميراث واختلفوا اذا طلبت هي الطلاق أو ملكها أمرها الزوج فطلقت نفسها فقال أبو حنيفة لا ترث أصلا لفرق الاو اعى بين التملك والطلاق فقال ليس لها الميراث في التملك ولها في الطلاق وسوى مالك في ذلك كله حتى لقد قال ان ماتت لا يرثها وترثه هي ان مات وهذا يخالف للاصول جدا

﴿ الباب الثالث فيمن يتعلق به الطلاق من النساء ومن لا يتعلق ﴾

وأما من يقع طلاقه من النساء فانهم اتفقوا على ان الطلاق يقع على النساء اللائي في عصمة أزواجهن أو قبل أن تنقضي عددهن في الطلاق الرجعي وأنه لا يقع على الاجنبيات أعنى الطلاق المطلق وأما تعليق الطلاق على الاجنبيات بشرط التزويج مثل أن يقول ان نكحت فلانة فهي طالق فان للعلماء في ذلك ثلاثة مذاهب قول ان الطلاق لا يتعلق بأجنبية أصلا عم المطلق وأخص وهو قول الشافعي وأحمد وداود

وجاعة وقول انه يتعلق بشرط التزوج عزم المطلق جميع النساء أو خصص وهو قول أبي حنيفة وجاعة وقول انه ان عزم جميع النساء يلزمه وان خصص لزمه وهو قول مالك وأصحابه أعني مثل أن يقول كل امرأة أتزوجها من بني فلان أو من بلد كذا فهي طالق وكذلك في وقت كذا فان هؤلاء يطلقن عند مالك اذا زوجن وسبب الخلاف هل من شرط وقوع الطلاق وجود الملك متقدما بالزمان على الطلاق أم ليس ذلك من شرطه فن قال هو من شرطه قال لا يتعلق الطلاق بالأجنبية ومن قال ليس من شرطه الا وجود الملك فقط قال يقع بالأجنبية وأما الفرق بين التعميم والتخصيص فاستحسان مبني على المصلحة وذلك انه اذا عم فأوجبنا عليه التعميم لم يجد سبيلا الى النكاح الحلال فكان ذلك عنتابه وحرجا وكانه من باب نذر المعصية وأما اذا خصص فليس الأمر كذلك اذا أزمناه الطلاق واحتج الشافعي بحديث عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا طلاق الا من بعد نكاح وفي رواية أخرى لا طلاق فيما لا يملك ولا عتق فيما لا يملك وثبت ذلك عن علي ومعاذ وجابر بن عبد الله وابن عباس وعائشة وروى مثل قول أبي حنيفة عن عمرو ابن مسعود وضعف قوم الرواية بذلك عن عمر رضي الله عنهم (الجملة الثالثة في الرجعة بعد الطلاق) ولما كان الطلاق على ضربين بائن ورجعي وكانت أحكام الرجعة بعد الطلاق البائن غير أحكام الرجعة بعد الطلاق الرجعي وجب أن يكون في هذا الجنس بابان الباب الأول في أحكام الرجعة في الطلاق الرجعي الباب الثاني في أحكام الارتجاع في الطلاق البائن

❦ الباب الأول ❦

وأجمع المسلمون على أن الزوج يملك رجعة الزوجة في الطلاق الرجعي مادامت في العدة من غير اعتبار رضاها لقوله تعالى (وبعولتهن أحق بردهن في ذلك) وإن من شرط هذا الطلاق تقدم المسيس له واتفقوا على انها تكون بالقول والشهادة واختلفوا هل الاشهاد شرط في صحتها أم ليس بشرط وكذلك اختلفوا هل تصح الرجعة بالوطء فأما الاشهاد فنذهب مالك الى أنه مستعيب وذهب الشافعي الى أنه واجب وسبب الخلاف معارضة القياس للظاهر وذلك ان ظاهر قوله تعالى (وأشهدوا ذوي عدل منكم) يقتضي الوجوب وتشبيه هذا الحق بسائر الحقوق التي يقبضها الانسان يقتضي أن لا يجب الاشهاد فكان الجمع بين القياس والآية حل الآية على الندب وأما اختلافهم فيما تكون به الرجعة فان قوما قالوا لا تكون الرجعة الا بالقول فقط وبه قال الشافعي وقوم قالوا تكون رجعتها بالوطء وهؤلاء انقسموا قسمين فقال قوم لا تصح الرجعة بالوطء الا اذا نوى بذلك الرجعة لأن الفعل عنده يتنزل منزلة القول مع النية وهو قول مالك وأما أبو حنيفة فأجاز الرجعة بالوطء اذا نوى بذلك الرجعة ودون النية فأما الشافعي فقياس الرجعة على النكاح وقال قد أمر الله بالاشهاد ولا يكون الاشهاد الا على القول وأما سبب الاختلاف بين مالك وأبي حنيفة فان أبا حنيفة يرى ان الرجعية محللة الوطء عنده قياسا على المولى منها وعلى المظاهرة ولأن الملك لم ينفصل عنده ولذلك كان التوارث بينهما وعند مالك ان وطء الرجعية حرام حتى يرجعها فلا بد عنده من النية فهذا هو اختلافهم في شروط صحة الرجعة واختلفوا في مقدار ما يجوز للزوج ان يطالع عليه من المطلقة الرجعية مادامت في العدة فقال مالك لا يتخلو منها ولا يدخل عليها الا اذنها ولا ينظر الى شعرها ولا بأس ان يأكل معها اذا كان معهما غيرهما وحكى ابن القاسم انه رجع عن اباحة الأكل معها

وقال أبو حنيفة لأبى اسب تنزىن الرجعية لزوجها وتنطيله وتنشوفه وتبدي البنان والكحل وبه قال الثوري وأبو يوسف والأوزاعي وكلهم قالوا لا يدخل عليها إلا أن تعلم بدخوله بقول أو حركة من تنحج أو خفق نعل واختلقوا من هذا الباب في الرجل يطلق زوجته طلاق رجعية وهو غائب ثم يرجعها فيبلغها الطلاق ولا يبلغها الرجعة فتتزوج إذا انقضت عدتها فذهب مالك إلى أنها للذي عقد عليها النكاح دخل بها أولم يدخل هذا قوله في الموطأ وبه قال الأوزاعي والليث وروى عنه ابن القاسم أنه رجع عن القول الأول وأنه قال الأول أولى بها الآن يدخل الثاني وبالقول الأول قال المدنيون من أصحابه قالوا ولم يرجع عنه لأنه أثبت في موطئه إلى يوم مات وهو يقرأ عليه وهو قول عمر بن الخطاب ورواه عنه مالك في الموطأ وأما الشافعي والكوفيون وأبو حنيفة وغيرهم فقالوا لزوجها الأول الذي أرتجعها حتى بها دخل بها الثاني أولم يدخل وبه قال داود وأبو ثور وهو مروي عن علي وهو الأيمن وقد روى عن عمر ابن الخطاب رضى الله عنه أنه قال في هذه المسئلة ان الزوج الذي أرتجعها يخبر بين ان تكون امرأته أو ان يرجع عليها بما كان أصدقها ووجه مالك في الرواية الأولى ما رواه ابن وهب عن يونس عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أنه قال مضت السنة في الذي يطلق امرأته ثم يرجعها فيكتمها رجعتها حتى تحل فتكسح زوجها غيره أنه ليس له من أمرهائى ولكنهن لمن تزوجها وقد قيل ان هذا الحديث انما روى عن ابن شهاب فقط ووجه الفريق الأول ان العلماء قد أجعوا على ان الرجعة محميحة وإن لم تعلم بها المرأة بدليل انهم قد أجعوا على ان الأول أحق بما قبل ان تزوج واذا كانت الرجعة محميحة كان زواج الثاني فاسدا فان نكاح الغير لا تأثيرة في ابطال الرجعة لا قبل الدخول ولا بعد الدخول وهو الاظهر ان شاء الله ويشهد لهذا ما أخرجه الترمذي عن سمرة بن جندب ان النبي صلى الله عليه وسلم قال يا امرأة تزوجها اثنان فهمى للأول منهما ومن باع يبعان رجلين فهو للأول منهما

باب الثاني

والطلاق البائن أما بما يدون الثلاث فذلك يقع في غير المدخول بها بخلاف وفي المختلعة باختلاف وهل يقع أ يضادون عوض فيه خلاف وحكم الرجعة بعد هذا الطلاق حكم ابتداء النكاح أعني في اشتراط الصداق والولى والرضا لأنه لا يعتبر فيه انقضاء العدة عند الجمهور وشذوق فقالوا المختلعة لا يتزوجها زوجها في العدة ولا غيره وهؤلاء كانهم رأوا منع النكاح في العدة عبادة وأما البائنة الثلاث فان العلماء كلهم على أن المطلقة ثلاثا لا تحل لزوجها الأول الا بعد الوطء لحديث رفاعة بن سمائل أنه طلق امرأته تميمية بنت وهب في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاثا فنكحت عبد الرحمن بن الزبير فاعترض عنها فلم يستطع أن يمسها ففارقها فأراد رفاعة زوجها الأول أن ينكحها فذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فنهاه عن تزويجها وقال لا تحل لك حتى تذوق العسيلة وشذ سعيد بن المسيب فقال انه جائز أن يرجع إلى زوجها الأول بنفس العقد لموم قوله تعالى (حتى تكسح زوجها غيره) والنكاح ينطلق على العقد وكلهم قال التقاء الختانين يحلها الا الحسن البصري فقال لا تحل الا بوطء بازال وجهور العلماء على أن الوطء الذي يوجب الحد ويفسد الصوم والحج ويحل المطلقة ويحصن الزوجين ويوجب الصداق هو التقاء الختانين وقال مالك وابن القاسم لا يحل المطلقة الا الوطء المباح الذي يكون في العقد الصحيح

في غير صوم أو حيض أو اعتكاف ولا يحل التسمية عندهما وطء زوج ذمي يسلم ولا وطء من لم يكن بالغاً وخالفهما في ذلك كله الشافعي وأبو حنيفة والثوري والأوزاعي فقالوا يحل الوطء وإن وقع في عقد فاسد ووقت غير مباح وكذلك وطء المراهق عندهم بحل ويحل وطء الذمي التسمية للسلم وكذلك المجنون عندهم والخصي الذي يبقى له ما يغيبه في القرج واختلاف في هذا كله آيل إلى هل يتناول اسم النكاح أصناف الوطء الناقص أم لا يتناوله واختلفوا من هذا الباب في نكاح المحلل أعني إذا تزوجها على شرط أن يحللها زوجها الأول فقال مالك النكاح فاسد يفسخ قبل الدخول وبعده والشرط فاسد لأنحل به ولا يعتبر في ذلك عنده إرادة المرأة التحليل وإنما يعتبر عنده إرادة الرجل وقال الشافعي وأبو حنيفة النكاح جائز ولا تؤثر النية في ذلك وبه قال داود وجاعة وقالوا هو محلل للزوج المطلق ثلاثاً وقال بعضهم النكاح جائز والشرط باطل أي ليس يحللها وهو قول ابن أبي ليلى وروى عن الثوري واستدل مالك وأصحابه بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم من حديث علي بن أبي طالب وابن مسعود وأبي هريرة وعقبة بن عامر أنه قال صلى الله عليه وسلم لعن الله المحلل والمحلل له فلعله أياه كلفه آكل الرأب وشارب الخمر وذلك يدل على النهي والنهي يدل على فساد المنهي عنه واسم النكاح الشرعي لا ينطلق على النكاح المنهي عنه وأما الفرقة الآخر فتعلق بعموم قوله تعالى (حتى تنكح زوجاً غيره) وهذا ناكح وقالوا ليس في تحريم قصد التحليل ما يدل على أن عبسه شرط في صحة النكاح كما أنه ليس النهي عن الصلاة في الدار المقصورة بما يدل على أن من شرط صحة الصلاة صحة ملك البقعة أو الأذن من مالكها في ذلك قالوا وإذا لم يدل النهي على فساد عقد النكاح فاسى أن لا يدل على بطلان التحليل وإنما لم يعتبر مالك قصد المرأة لأنه إذا لم يوافقها على قصدها لم يكن لقصدتها معنى مع ان الطلاق ليس بينها واختلفوا في هل يهدم الزوج مادون الثلاث فقال أبو حنيفة يهدم وقال مالك والشافعي لا يهدم أعني إذا تزوجت قبل الطلقة الثالثة غير الزوج الأول ثم راجعها هل يعتد بالطلاق الأول أم لا فن رأى أن هذا شيء يخص الثالثة بالشرع قال لا يهدم مادون الثالثة عنده ومن رأى أنه إذا هدم الثالثة فهو أخرى أن يهدم مادونها قال يهدم مادون الثلاث والله أعلم (الجلد الرابعة) وهذه الجلدة فيها بيان الأول في العدة الثاني في المتعة

﴿ الباب الأول ﴾

والنظر في هذا الباب في فصلين الفصل الأول في عدة الزوجات الفصل الثاني في عدة ملك العيين

﴿ الفصل الأول ﴾

والنظر في عدة الزوجات ينقسم إلى نوعين أحدهما في معرفة العدة والثاني في معرفة أحكام العدة (النوع الأول) وكل زوجة فهي إمارة وأما أمه وكل واحدة من هاتين إذا طلقت فلا تخلو أن تكون مدخولاً بها أو غير مدخول بها فاما غير المدخول بها فلا عدة عليها بإجماع لقوله تعالى (فالمك عليهم من عدة تعتدونها) وأما المدخول بها فلا تخلو أن تكون من ذوات الحيض أو من غير ذوات الحيض وغير ذوات الحيض أما صغار وإما نساء وذوات الحيض أما حوامل وإما جاريات على عادتهم في الحيض وأما من قطعاً الحيض وأما مستحاضات والمرتفعات الحيض في سن الحيض أما من تأتت بالجلل أي بحسن في البطن وأما غير من تأتت وغير المرتبات أما معروفات سبب انقطاع الحيض من رضاع أو مرض وأما غير

معروفات فأما ذوات الحيض الاحرار الجاريات في حيضهن على المعتاد فعدتهن ثلاثة قروء والحوامل
منهن عدتهن وضع حملهن واليائسات منهن عدتهن ثلاثة أشهر ولا خلاف في هذا لأنه منصوص عليه
في قوله تعالى (والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء) الآية وفي قوله تعالى (واللائي يشن من
الحيض من نسائكم ان رتبتم) الآية واختلفوا من هذه الآية في الأقراء ما هي فقال قوم هي الاطهار
أعني الأزمنة التي بين السمين وقال قوم هي الدم نفسه وعن قال ان الأقراء هي الاطهار أمامن فقهاء
الامصار خالك والشافعي وجهور أهل المدينة وأبو ثور وجاعة وأمامن الصحابة فابن عمرو زيد بن ثابت
وعائشة وعن قال ان الأقراء هي الحيض أمامن فقهاء الامصار فأبو حنيفة والثوري والأوزاعي وابن أبي
ليلى وجاعة وأمامن الصحابة فليلى وعمر بن الخطاب وابن مسعود وأبو موسى الأشعري وحكي الاثر
عن أجدانه قال الأكبر من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يقولون الأقراء هي الحيض وحكي
أيضاً عن الشعبي انه قول أحد عشر أو اثني عشر من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وأما أحد
ابن خنبل فاختلفت الرواية عنه فروى عنه انه كان يقول انها الاطهار على قول زيد بن ثابت وابن عمر
وعائشة ثم توقفت الآن من أجل قول علي وابن مسعود هو انها الحيض والفرق بين المذهبين هو ان من
رأى انها الاطهار رأى انها اذا دخلت الرجعية عنده في الحيضة الثالثة لم يكن للزيج عليها رجعة وحلت للزواج
ومن رأى انها الحيض لم تحل عنده حتى تنقضي الحيضة الثالثة وسبب اطلاق اسم القرء فانه يقال
في كلام العرب على حد سواء على الدم وعلى الاطهار وقد رام كلا الفريقين ان يدل على ان اسم القرء
في الآية ظاهر في المعنى الذي يراه فالذين قالوا انها الاطهار قالوا ان هذا الجع خاص بالقرء الذي هو الطهر
وذلك ان القرء الذي هو الحيض يجمع على اقراء لاعلى قروء وحكوا ذلك عن ابن الانباري وأيضاً
فانهم قالوا ان الحيضة مؤنثة والطهر مذكر فلو كان القرء الذي يراد به الحيض لمثبت في جمعه الهاء
لأن الهاء لا تثبت في جمع المؤنث فيادون العشرة وقالوا أيضاً ان الاشتقاق يدل على ذلك لأن القرء
مشتق من قرأت الماء في الحوض أي جمعه فزمان اجتماع الدم هو زمان الطهر فهذه أقوى ما تمسك به
الفريق الأول من ظاهر الآية وأما ما تمسك به الفريق الثاني من ظاهر الآية فانهم قالوا ان قوله تعالى
(ثلاثة قروء) ظاهر في تمام كل قرء منها لأنه ليس ينطلق اسم القرء على بعضه الاتجوزا وإذا وصفت
الاقراء بانها هي الاطهار أمكن أن تكون العدة عندهم بقرأين وبعض قرء لأنها عندهم تعدد بالطهر
الذي تطلق فيه وان مضى أكثره وإذا كان ذلك كذلك فلا ينطلق عليها اسم الثلاثة الاتجوزا واسم
الثلاثة ظاهر في كمال كل قرء منها وذلك لا يتفق الا بان تكون الاقراء هي الحيض لأن الاجماع منعقد
على انها انطلقت في حيضة انها لا تعتد بها ولكل واحد من الفريقين احتجاجات متساوية من جهة لفظ
القرء والذي رضي الخذاق ان الآية مجملة في ذلك وان الدليل يقتضي أن يطلب من جهة أخرى فن أقوى
ما تمسك به من رأى ان الأقراء هي الاطهار حديث ابن عمر المتقدم وقوله صلى الله عليه وسلم مره
فلما رجعا حتى يحيض ثم تطهر ثم يحيض ثم تطهر ثم يطلقها ان شاء قبل أن يمسيها فتلك العدة التي أمر
الله أن يطلق لها النساء قالوا واجماعهم على أن طلاق السنة لا يكون الا في طهر لم تمس فيه وقوله عليه
السلام والسلام فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء دليل واضح على ان العدة هي الاطهار

لكي يكون الطلاق متصلاً بالعدة ويمكن أن يتأول قوله فتلك العدة أي فتلك مدة استقبال العدة
لثلاثين بعض القرء بالطلاق في الحيض وأقوى ما تمسك به الفريق الثاني ان العدة انما شرعت لبراءة
الرحم وبراءتها انما تكون بالحيض لا بالاطهار ولذلك كان عدة من ارتفع الحيض عنها بالأيام فالحيض
هو سبب العدة بالاقرء فوجب ان تكون الاقرء هي الحيض واحتج من قال الاقرء هي الاطهار
بان قال المعبر في براءة الرحم هو النقلة من الطهر الى الحيض لا انقضاء الحيض فلامعنى لاعتبار الحيضة
الاخيرة واذا كان كذلك فالثلاث المعبر فيهن التمام أعنى المشترط هي الاطهار التي بين الحيضتين
ولسكلا الفريقين احتجاجات طويلة ومنهـب الحنفية أظهر من جهة المعنى وحقهم من جهة المسموع
متساوية وأقرب من متساوية ولم يختلف القائلون ان العدة هي الاطهار انما تنقضي بدخولها في الحيضة
الثالثة واختلف الذين قالوا انها الحيض فقبل تنقضي بانقطاع الدم من الحيضة الثالثة وبه قال الأوزاعي
وقيل حين تغسل من الحيضة الثالثة وبه قال من الصحابة عمر بن الخطاب وعلي وابن مسعود ومن الفقهاء
الثوري واسحق بن عبيد وقيل حتى يمضي وقت الصلاة التي طهرت في وقتها وقيل ان للزوج عليها
الرجعة وان فرطت في الغسل عشر بن سنة حكى هذا عن شريك وقد قيل تنقضي بدخولها في الحيضة
الثالثة وهو أيضاً شاذ فهذه هي حال الخائض التي تحيض وأما التي تعلق فلا تحيض وهي في سن الحيض
وليس هناك ريبه حل ولا سبب من رضاع ولا مرض فانها تنتظر عند مالك تسعة أشهر فان لم تحض
فيهن اعتدت بثلاثة أشهر فان حاضت قبل ان تستكمل الثلاثة الأشهر اعتبرت الحيض واستقبلت
انتظاره فان مر بها تسعة أشهر قبل ان تحيض الثانية اعتدت بثلاثة أشهر فان حاضت قبل ان تستكمل
الثلاثة الأشهر من العام الثاني انتظرت الحيضة الثالثة فان مر بها تسعة أشهر قبل ان تحيض اعتدت بثلاثة
أشهر فان حاضت الثالثة في الثلاثة الأشهر كانت قد استكملت عدة الحيض وتمت عدتها ولزوجهاعليها
الرجعة مالم تحل واختلف عن مالك من متى تعدد بالتسعة أشهر فقبل من يوم طلقت وهو قوله في الموطأ
وروى ابن القاسم عنه من يوم رفعها حيضتها وقال أبو حنيفة والشافعي والجمهور في التي ترتفع حيضتها
وهي لا تياس منها في المستأنها انتهى أبدأ تنتظر حتى تدخل في السن الذي تياس فيه من الحيض وحينئذ
تعدت بالأشهر وتحيض قبل ذلك وقول مالك مروى عن عمر بن الخطاب وابن عباس وقول الجمهور
قول ابن مسعود يزيد وعدة مالك من طريق المعنى هو ان المقصود بالعدة انما هو ما يقع به براءة الرحم
ظناً بالبدليل انه قد تمحيض الحامل واذا كان ذلك كذلك فعدة الحمل كافية في العلم ببراءة الرحم بل هي
قاطعة على ذلك ثم تعدت بثلاثة أشهر عدة الياسة فان حاضت قبل تمام السنة حكم لها بحكم ذوات الحيض
واحتسبت بذلك القرء ثم تنتظر القرء الثاني وأل السنة الى ان تمضي لها ثلاثة اقراء وأما الجمهور فصاروا
الى ظاهر قوله تعالى (والا ترى ان يسن من الحيض من نساكن ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر) والتي هي
من أهل الحيض ليست يياسة وهذا الرأي فيه عسر وحرج ولوقيل انها تعدت بثلاثة أشهر لكان جيداً
إذا فهم من الياسة التي لا يقطع بانقطاع حيضها وكان قوله ان ارتبتم راجعاً الى الحكم لا الى الحيض
على ما تأوله مالك عليه فكان مالكاً لم يطابق منهجه تأويله الآية فانه فهم من الياسة هنامن قطع
على أنها ليست من أهل الحيض وهذا لا يكون الا من قبل السن ولذلك جعل قوله ان ارتبتم راجعاً

الى الحكم لالى الحيض أى ان شككتم فى حكمهن ثم قال فى التى تبقى تسعة أشهر لا تحيض وهى فى سن من تحيض انها تعد بالاشهر وأما سماعيل وابن بكير من أصحابه فذهبوا الى ان الربة ههنا فى الحيض وان اليائس فى كلام العرب هو ما لم يحكم عليه بما يشئ منه بالقطع فطابقوا بتأويل الآية مذهبهم الذى هو مذهب مالك ونعم ما فعلوا لأنه ان فهم ههنا من اليائس القطع فقد يجب ان تنتظر الدم وتعتد به حتى تكون فى هذا السن أعنى سن اليائس وان فهم من اليائس ما لا يقطع بذلك فقد يجب ان تعتد التى انقطع دمها عن العادة وهى فى سن من تحيض بالاشهر وهو قياس قول أهل الظاهر لأن اليائسة فى الطرفين ليس هى عندهم من أهل العدة بالاقرء ولا بالشهور وأما الفرق فى ذلك بين ما قبل التسعة وما بعده فاستحسن وأما التى ارتفعت حيضتها بسبب معلوم مثل رضاع أو مرض فان المشهور عند مالك انها تنتظر الحيض قصر الزمان أم طال وقد قيل ان المريضة مثل التى ترتفع حيضتها لغير سبب وأما المستحاضة فعند مالك سنة اذ لم تميز بين الدمين فان ميزت بين الدمين فنه رويان احدهما ان عدتها سنة والاخرى انها تعمل على التمييز فتعد بالاقرء وقال أبو حنيفة عدتها الاقرء ان تميز لها وان لم تميز لها فتلاثة أشهر وقال الشافعى عدتها بالتميز اذا انفصل عنها الدم فيكون الاخر القامى من الحيضة ويكون الاصفر من أيام الطهر فان طبق عليها الدم اعتدت بعدد أيام حيضتها فيصحها وانما ذهب مالك الى بقاء السنة لأنه جعلها مثل التى لا تحيض وهى من أهل الحيض والشافعى انما ذهب فى العارفة أيامها انها تعمل على معرفتها قياسا على الصلاة لقوله صلى الله عليه وسلم للمستحاضة اتركى الصلاة أيام اقرائك فاذا ذهب عنك قدرها فاغسل الدم وانما اعتبر التمييز من اعتبره لقوله صلى الله عليه وسلم لفاطمة بنت حيش اذا كان دم الحيض فانه دم أسود يعرف فاذا كان ذلك فامسكى عن الصلاة فاذا كان الآخر فتوضئى وصللى فانما هو عرق خرج به أبوداود وانما ذهب من ذهب الى عدتها بالشهور اذا اختلط عليها الدم لانه معلوم فى الاغلب انها فى كل شهر تحيض وقد جعل الله العدة بالشهور عند ارتفاع الحيض وخفاؤه كارتفاعه وأما المسترابة أعنى التى تجلس حسا فى بطنها تظن به أنه جل فانها تمكث أكثر مدة الجل وقد اختلف فيه فقيل فى المذهب أربع سنين وقيل خمس سنين وقال أهل الظاهر تسعة أشهر ولا خلاف ان انقضاء عدة الحوامل لوضع حملهن أعنى المطلقات لقوله تعالى (وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن) وأما الزوجات غير الحوامل فانهن ينقسمن أيضا لتلك الاقسام بعينها أعنى حيضا ويائسات ومستحاضات ومريعات الحيض من غير يائسات فأما الحيض اللاتى يأتينهن حيضهن فالجهور على أن عدتهن حيضتان وذهب داود وأهل الظاهر الى أن عدتهن ثلاث حيض كالحررة وبه قال ابن سيرين فأهل الظاهر اعتقدوا عموم قوله تعالى (والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء) وهى ممن يطلق عليها اسم المطلقة واعتقد الجمهور تخصيص هذا العموم بقياس الشبه وذلك انهم شبهوا الحيض بالطلاق والحد أعنى كونه منتصفا مع الرق وانما جعلوا حيضتين لأن الحيضة الواحدة لا تتبع وأما الأمة المطلقة اليائسة من الحيض والصغيرة فان مالكاً وأكثر أهل المدينة قالوا عدتها ثلاثة أشهر وقال الشافعى وأبو حنيفة والثورى وأبو ثور وجاعة عدتها شهر ونصف شهر نصف عدة الحررة وهو القياس اذا قلنا بتخصيص العموم فكان مالكاً اضرب قوله فترة أخذ بالعموم وذلك فى اليائسات ومرة أخذ بالقياس وذلك فى ذوات الحيض والقياس فى ذلك واحد

وأما التي ترتفع حيضتها من غير سبب فالقول فيها هو القول في الحرة والخلاف في ذلك وكذلك المستحاضة وانفقوا على أن المطلقة قبل الدخول لا عدة عليها واختلفوا فيمن راجع امرأته في العدة من الطلاق الرجعي ثم فارقتها قبل أن يسهل تستأنف عدة أم لا فقال جمهور فقهاء الأمصار تستأنف العدة وقالت فرقة تبقى في عدتها من طلاقها الأول وهو أحد قولي الشافعي وقال داود ليس عليها أن تتم عدتها ولا عدة مستأنفة وبالجملة فعند مالك أن كل رجعة تهدم العدة وإن لم يكن مسيس ما خلا رجعة المولى وقال الشافعي إذا طلقها بعد الرجعة وقبل الوطء ثبتت على عدتها الأولى وقول الشافعي أظهر وكذلك عند مالك رجعة المعسر بالنفقة تنفق صحتها عندة على الاتفاق فإن اتفق صحت الرجعة وهدمت العدة إن كان طلاقاً وإن لم ينفق بقيت على عدتها الأولى وإذا تزوجت ثانياً في العدة فعن مالك في ذلك روايتان أحدهما إذا دخل العديتين والأخرى نفيه فوجه الأولى اعتبار براءة الرحم لأن ذلك حاصل مع التداخل ووجه الثانية كون العدة عبادة فوجب أن تتعد بتعدد الوطء الذي له حرمة وإذا عتقت الأمة في عدة الطلاق مضت على عدة الأمة عند مالك ولم تنتقل إلى عدة الحرة وقال أبو حنيفة تنتقل في الطلاق الرجعي دون البائن وقال الشافعي تنتقل في الوجهين معاً وسبب اختلاف أهل العدة من أحكام الزوجة أم من أحكام انفصالها فمن قال من أحكام الزوجة قال لا تنتقل عدتها ومن قال من أحكام انفصال الزوجة قال تنتقل كالأمة عتقت وهي زوجة ثم طلقت وأما من فرق بين البائن والرجعي فيمن وذلك أن الرجعي فيه شبه من أحكام العصمة ولذلك وقع فيه الميراث باتفاق إذا ماتت وهي في عدة من طلاق رجعي وأنها تنتقل إلى عدة الموت فهذا هو القسم الأول من قسمي النظر في العدة (القسم الثاني) وأما النظر في أحكام العدد فانفقوا على أن للعدة الرجعية النفقة والسكنى وكذلك الحامل لقوله تعالى في الرجعات (أسكنوهم من حيث سكنتم من وجدكم) الآية ولقوله تعالى (وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن) واختلفوا في سكنى المبتوتة ونفقة إذا لم تكن حاملاً على ثلاثة أقوال أحدها أن لها السكنى والنفقة وهو قول الكوفيين والقول الثاني أنه لا سكنى لها ولا نفقة وهو قول أحمد وداود وأبي ثور واسحق وجماعة والثالث أن لها السكنى ولا نفقة لها وهو قول مالك والشافعي وجماعة وسبب اختلافهم اختلاف الزوابة في حديث فاطمة بنت قيس ومعارضة ظاهر الكتاب له فاستدل من لم يوجب لها نفقة ولا سكنى بما روي في حديث فاطمة بنت قيس أنها قالت طلقني زوي ثلاثاً على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فأبيت النبي صلى الله عليه وسلم فلم يجعل لي سكنى ولا نفقة خرج به مسلم وفي بعض الروايات أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال إنما السكنى والنفقة لمن زوجها عليها الرجعة وهذا القول مروى عن علي وابن عباس وجابر بن عبد الله وأما الذين أوجبوا لها السكنى دون النفقة فانهم احتجوا بما رواه مالك في موطنه من حديث فاطمة المذكورة وفيه فقال لما رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس لك عليه نفقة وأمرها أن تعتد في بيت ابن أم مكتوم ولم يذكر فيها إسقاط السكنى فبقي على عمومها في قوله تعالى (أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم) وعللوا أمره عليه الصلاة والسلام لها بأن تعتد في بيت ابن أم مكتوم بأنه كان في لسانها بذاء وأما الذين أوجبوا لها السكنى والنفقة فصاروا إلى وجوب السكنى لها بعموم قوله (أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم) وصاروا إلى وجوب النفقة لها لكون النفقة

تابعة لوجوب الاسكان في الرجعية وفي الحامل وفي نفس الزوجية وبالجملة فحينما وجبت السكنى في الشرع وجبت النفقة وروى عن عمر أنه قال في حديث فاطمة هذا لا ندع كتاب نينا وسنته لقول امرأة يريد قوله تعالى (أَسْكَنْهُمْ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ) الآية ولان المعروف من سنته عليه الصلاة والسلام انه أوجب النفقة حيث تجب السكنى فذلك الاولى في هذه المسئلة اما أن يقال ان لها الامرين جميعا مصيرا الى ظاهر الكتاب والمعروف من السنة واما أن يخص هذا العموم بحديث فاطمة المذكور واما التفريق بين إيجاب النفقة والسكنى فمفسر ووجه عسره ضعف دليله وينبغي أن تعلم ان المسلمين اتفقوا على أن العدة تكون في ثلاثة أشياء في طلاق أو موت أو اختيار الامة نفسها اذا اعتقت واختلقوا فيها في الفسوخ والجمهور على وجوبها ولما كان الكلام في العدة يتعلق فيه أحكام عدة الموت رأينا أن نذكرها هنا فنقول ان المسلمين اتفقوا على أن عدة الحرة من زوجها الحرة أربعة أشهر وعشر لقوله تعالى (يَرْبِصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا) واختلقوا في عدة الحامل وفي عدة الامة اذا لم تأتها حيضتها في الاربعه الاشهر وعشر ماذا حكمها فذهب مالك الى أن من شرط تمام هذه العدة أن تحيض حيضة واحدة في هذه المدة فان لم تحض فهي عنده مسترابة ففكك مدة الحمل وقيل عنه انها قد لا تحيض وقد لا تكون مسترابة وذلك اذا كانت عادتھا في الحيض أكثر من مدة العدة وهذا اما غير موجود أعني من تكون عادتھا أن تحيض أكثر من أربعة أشهر الى أكثر من أربعة أشهر واما نادر واختلف عنه فحين هذه حالها من النساء اذا وجدت فقيل تنتظر حتى تحيض وروى عنه ابن القاسم تزوج اذا انقضت عدة الوفاة ولم يظهر بها حمل وعلى هذا جمهور فقهاء الامصار أبي حنيفة والشافعي والثوري (وأما المسئلة الثانية) وهي الحامل التي يتوفى عنها زوجها فقال الجمهور وجب فقهاء الامصار عدتها أن تضع حملها مصيرا الى عموم قوله تعالى (وَأُولَاتُ الْأَحْصَاءِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ) وان كانت الآية في الطلاق وأخذنا أيضا بحديث أم سلمة ان سبعة الاسلامية ولدت بعد وفاة زوجها بنصف شهر وفيه لحاظ رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لها قد حلت فانكحي من شئت وروى مالك عن ابن عباس ان عدتها أكثر الاجلين يريد أنها تعتد بأبعد الاجلين اما الحمل واما انقضاء العدة عدة الموت وروى مثل ذلك عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه والحجة لهم ان ذلك هو الذي يقتضيه الجمع بين عموم آية الحوامل وآية الوفاة وأما الامة المتوفى عنها من تحمل له فاتها لا تخلو أن تكون زوجة أو ملكة بين أم وأم ولداً وغير أم ولداً فأما الزوجة فقال الجمهور ان عدتها نصف عدة الحرة قاسوا ذلك على العدة وقال أهل الظاهر بل عدتها عدة الحرة وكذلك عندهم عدة الطلاق مصيراً الى التعميم وأما أم الولد فقال مالك والشافعي وأحمد والليث وأبو ثور وجاعة عدتها حيضة وبه قال ابن عمر وقال مالك وان كانت بمن لا تحيض اعتدت ثلاثة أشهر ولها السكنى وقال أبو حنيفة وأصحابه والثوري عدتها ثلاث حيض وهو قول علي وابن مسعود وقال قوم عدتها نصف عدة الحرة المتوفى عنها زوجها وقال قوم عدتها عدة الحرة أربعة أشهر وعشر وحجة مالك انها ليست زوجة فتعدها الوفاة ولا مطلقة فتعدها ثلاث حيض فلم يسبق الاستبراء زوجها وذلك يكون بحیضة تشبه بالامة يموت عنها سيدها وذلك ما لا خلاف فيه وحجة أبي حنيفة ان العدة انما وجبت عليها وهي حرة وليست بزوجة فتعدها الوفاة ولا بأمة فتعدها أمة فوجب أن تستبرأ زوجها بعدة الاحرار

وأما الذين أوجبوا لها عدة الوفاة فاحتجوا بحديث روى عن عمرو بن العاص قال لا تلبسوا علينا سنة نينا عدة أم الولد إذا توفي عنها سيدها أربعة أشهر وعشر وضعت أجد هذا الحديث ولم يأخذه وأما من أوجب عليها نصف عدة الحرة فتشبهها بالزوجة الامة فسبب الخلاف انها مسكوت عنها وهي مترددة الشبه بين الامة والحرة وأما من شبهها بالزوجة الامة فضعيف وأضعف من شبهها بعدة الحرة المطلقة وهو مذهب أبي حنيفة

باب الثاني في المتعة

والجمهور على أن المتعة ليست واجبة في كل مطلقة وقال قوم من أهل الظاهر هي واجبة في كل مطلقة وقال قوم هي مندوب اليها وليست واجبة وبه قال مالك والذين قالوا بوجوبها في بعض المطلقات اختلفوا في ذلك فقال أبو حنيفة هي واجبة على من طلق قبل الدخول ولم يفرض لها صداق اسمي وقال الشافعي هي واجبة لكل مطلقة اذا كان القراق من قبله الا التي سمي لها وطلقت قبل الدخول وعلى هذا جمهور العلماء واحتج أبو حنيفة بقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقوهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها فتعوهن وسرحوهن سراح جيلا) فاشتراط المتعة مع عدم المسيس وقال تعالى (وان طلقوهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم) فعمل أنه لا متعة لها مع التسمية والطلاق قبل المسيس لأنه اذا لم يجب لها الصداق فأجرى أن لا يجب لها المتعة وهذا لعدم تخيل أنه حيث لم يجب لها صداق أقيمت المتعة مقامه وحيث ردت من يدها نصف الصداق لم يجب لها شيء وأما الشافعي فيحمل الأمر الواردة بالمتعة في قوله تعالى (بتمسوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره) على العموم في كل مطلقة الا التي سمي لها وطلقت قبل الدخول وأما أهل الظاهر فحماوا الأمر على العموم والجمهور على أن المختلة لا متعة لها لكونها معطية من يدها كالحال في التي طلقت قبل الدخول وبعد فرض الصداق وأهل الظاهر يقولون هو شرع فتأخذ وتعطي وأما مالك فإنه حمل الأمر بالمتعة على الندب لقوله تعالى في آخر الآية (حقا على المحسنين) أي على المتفضلين المتجملين وما كان من باب الاجال والاحسان فليس بواجب واختلفوا في المطلقة المعتدة هل عليها اعداد فقال مالك ليس عليها اعداد

باب في بيع الحكمين

اتفق العلماء على جواز بيع الحكمين اذا وقع التشاجر بين الزوجين وجهلت أحوالهما في التشاجر أعنى المحق من المبطل لقوله تعالى (وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها) الآية وأجمعوا على أن الحكمين لا يكونان الا من أهل الزوجين أحدهما من قبل الزوج والآخر من قبل المرأة الا أن لا يوجد في أهلها من يصلح لذلك فيرسل من غيرهما وأجمعوا على أن الحكمين اذا اختلفا لم ينفذ قولهما وأجمعوا على أن قولهما في الجمع بينهما نافذ بغير توكيل من الزوجين واختلفوا في تفريق الحكمين بينهما اذا اتفقا على ذلك هل يحتاج الى اذن من الزوج ولا يحتاج الى ذلك فقال مالك وأصحابه يجوز قولهما في الفرقة والاجتماع بغير توكيل الزوجين ولا اذن منهما في ذلك وقال الشافعي وأبو حنيفة وأصحابهم ليس لهما أن يفرقا الا أن يجعل الزوج اليهما التفريق وحجة مالك ما رواه من ذلك عن علي بن أبي طالب أنه قال في الحكمين اليهما التفريق بين الزوجين والجمع وحجة الشافعي وأبي حنيفة ان الأصل ان

الطلاق ليس يبدأ أحد سوى الزوج أو من يوكله الزوج واختاماً بمصالح في الحكمين يطلقان ثلاثاً فقال ابن القاسم تكون واحدة وقال أشهب والمغيرة تكون ثلاثاً ان طلقها ثلاثاً والأصل ان الطلاق يبدأ الرجل الآن يقوم دليل على غير ذلك وقد احتج الشافعي وأبو حنيفة بما روى في حديث علي هذا أنه قال للحكمين هل تدريان ما عليكما ان رأيكما أن نجما جعتا وان رأيكما أن تفرقا فقلت المرأة رضيت بكتاب الله وبما فيه لي وعلى فقال الرجل اما الفرقة فلا فقال علي لا والله لا تنقلب حتى تقر بمثل ما أقرت به المرأة قال فاعتبر في ذلك اذنه ومالك يشبه الحكمين بالسلطان والسلطان يطلق بالضرر عند مالك اذا تبين

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً ﴾

﴿ كتاب الايلاء ﴾

والأصل في هذا الباب قوله تعالى (الذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر) والايلاء هو أن يحلف الرجل أن لا يوطأ زوجته امامه هي أكثر من أربعة أشهر أو أربعة أشهر أو بطلاق على الاختلاف المذكور في ذلك فيما بعد واختلف فقهاء الأمصار في الايلاء في مواضع فمنها هل تطلق المرأة بانقضاء الأربعة الأشهر المضروبة بالنص للولي أم انما تطلق بان يوقف بعد الأربعة الأشهر فاماء واماطق ومنها هل الايلاء يكون بكل عين أم بالايمان المباحة في الشرع فقط ومنها ان أمسك عن الوطء بغير عين هل يكون مولياً أم لا ومنها هل المولى هو الذي قيد بعينه بمدة من أربعة أشهر فقط أو أكثر من ذلك أو المولى هو الذي لم يقيد بعينه بمدة أصلاً ومنها هل طلاق الايلاء بائن أو رجعي ومنها ان أبي الطلاق والنأي هل يطلق القاضي عليه أم لا ومنها هل يتكرر الايلاء اذا اطلقها ثم راجعها من غير ايلاء حادث في الزواج الثاني ومنها هل من شرط رجعة المولى أن يطأها في العدة أم لا ومنها هل ايلاء لعبد حكمه أن يكون مثل ايلاء الحر أم لا ومنها هل اذا اطلقها بعد انقضاء مدة الايلاء تلزمها عدة أم لا فهذه هي مسائل اختلف المشهورة في الايلاء بين فقهاء الأمصار التي تنزل من هذا الباب منزلة الأصول ونحن نذكر خلافتهم في مسألة مسألة منها وعيون أدلتهم وأسباب خلافتهم على ما قصدنا

(المسألة الأولى) اما اختلافهم هل تطلق بانقضاء الأربعة الأشهر نفسها أم لا تطلق وانما الحكم أن يوقف فاماء واماطق فان مالكا والشافعي وأحمد وأبناور ودود والليث ذهبوا الى أنه يوقف بعد انقضاء الأربعة الأشهر فاماء واماطق وهو قول علي وابن عمر وان كان قد روى عنهما غير ذلك لكن الصحيح هو هذا وذهب أبو حنيفة وأصحابه والثوري وبالجملة الكوفيون الى أن الطلاق يقع بانقضاء الأربعة الأشهر الا ان يفي فيها وهو قول ابن مسعود وجماعة من التابعين وسبب الخلاف هل قوله تعالى (فان فاؤا فان الله غفور رحيم) أي فان فاؤا قبل انقضاء الأربعة الأشهر أو بعدها فن فهم منه قبل انقضائها قال يقع الطلاق ومعنى العزم عنده في قوله تعالى (وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم) ان لا يفي حتى تنقضي المدة فن فهم من اشتراط القية اشتراطها بعد انقضاء المدة قال معنى قوله (وان عزموا الطلاق) أي باللفظ (فان الله سميع عليم) وللألفية أربعة أدلة أحدها أنه يجعل مدة التربص حقاً للزوج دون الزوجة فاشبهت مدة الأجل في الديون المؤجلة الدليل الثاني ان

الله تعالى أضاف الطلاق الى فعله وعندهم ليس يقع من فعله الايجوزا أعني ليس ينسب اليه على منذهب
الحنفية الايجوزا وليس يصار الى المجاز عن الظاهر الا بدليل الدليل الثالث قوله تعالى (وان عزموا
الطلاق فإن الله سميع عليم) قالوا فهذا يقتضي وقوع الطلاق على وجه يسمع وهو وقوعه باللفظ
لا بانقضاء المدة الرابع ان الفاء في قوله تعالى (فان فاؤا فان الله غفور رحيم) ظاهرة في معنى التعقيب
فدل ذلك على أن الغيبة بعد المدة ورمعاشبهوا هذه المدة بمدة العنة وأما أبو حنيفة فإنه اعتمد في ذلك
تشبيه هذه المدة بالعدة الرجعية اذ كانت العدة انما شرعت لتلايق منه ندم وبالجملة فشبهاوا الايلاء
بالبطاق الرجعي وشبهوا المدة بالعدة وهو شبه قوي وقدرى ذلك عن ابن عباس (المسئلة الثانية)
وأما اختلافهم في اليمين التي يكون بها الايلاء فان مالكا قال يقع الايلاء بكل يمين وقال الشافعي لا يقع
الا بالامان المباحة في الشرع وهي اليمين بالله أو بصفة من صفاته فمالك اعقد العموم أعني عموم قوله
تعالى (الذين يؤولون من نساءهم تبص أربعة أشهر) والشافعي يشبه الايلاء بيمين الكفارة وذلك
ان كاذب اليمينتين يترتب عليهما حكم شرعي فوجب ان تكون اليمين التي ترتب عليها حكم الايلاء هي اليمين
التي يترتب عليها الحكم الذي هو الكفارة (المسئلة الثالثة) وأما لحوق حكم الايلاء للزوج اذا ترك
الوطء بغير يمين فان الجمهور على أنه لا يلزمه حكم الايلاء بغير يمين ومالك يلزمه وذلك اذا قصد الاضرار
بترك الوطء وان لم يحلف على ذلك فالجمهور اعتمدوا الظاهر ومالك اعتمد المعنى لان الحكم انما يلزمه
باغتقاده ترك الوطء وسواء شد ذلك الاعتقاد بيمين أو بغير يمين لان الضرر يوجد في الحالتين جميعا
(المسئلة الرابعة) وأما اختلافهم في مدة الايلاء فان مالكا ومن قال بقوله يرى ان مدة الايلاء يجب
أن تكون أكثر من أربعة أشهر اذ كان النية عنده انما هو بعد الاربعة الأشهر وأما أبو حنيفة
فان مدة الايلاء عنده هي الاربعة الأشهر فقط اذ كان النية عنده انما هو فيها وذهب الحسن وابن أبي
ليلى الى انه اذا حلف وقتما وان كان أقل من أربعة أشهر كان مولى يضرب له الاجل الى انقضاء الاربعة
الأشهر من وقت اليمين وروى عن ابن عباس ان المولى هو من حلف ان لا يصيب امرأته على التأييد
والسبب في اختلافهم في المدة اطلاق الآية باختلافهم في وقت النية وفي صفة اليمين ومدته هو كون الآية
عامة في هذه المعاني أو بجملة وكذلك اختلافهم في صفة المولى والمولى منها ونوع الطلاق على ماسيا في بعد
وأما ما سوى ذلك فسبب اختلافهم فيه هو سبب السكوت عنها وهذه هي أركان الايلاء أعني معرفة نوع
اليمين ووقت النية والمدة وصفة المولى والمولى منها ونوع الطلاق الواقع فيه (المسئلة الخامسة)
فاما الطلاق الذي يقع بالايلاء فعند مالك والشافعي انه رجعي لان الاصل ان كل طلاق وقع بالشرع انه يحمل
على انه رجعي الى ان يدل الدليل على انه بائن وقال أبو حنيفة وأبو ثور هو بائن قالوا وذلك انه ان كان
رجعيا لم يزل الضرر عنها بذلك لانه يجبرها على الرجعة فسبب الاختلاف معارضة المصلحة المقصودة
بالايلاء للاصل المعروف في الطلاق فمن غلب الاصل قال رجعي ومن غلب المصلحة قال بائن
(المسئلة السادسة) وأما هل يطلق القاضي اذا أبي النية أو الطلاق أو يحبس حتى يطلق فان مالكا
قال يطلق القاضي عليه وقال أهل الظاهر يحبس حتى يطلقها بنفسه وسبب الخلاف معارضة الاصل
المعروف في الطلاق للمصلحة فمن راعى الاصل المعروف في الطلاق قال لا يقع طلاق الا من الزوج ومن

راعى الضرر الداخل من ذلك على النساء قال يطلق السلطان وهو نظر الى المصلحة العامة وهذا هو الذى يعرف بالقياس المرسل والمنقول عن مالك العمل به وكثير من الفقهاء يأبى ذلك (المسئلة السابعة) وأما هل يتكرر الايلاء اذا طلقها ثم راجعها فان مالك يقول اذا راجعها فلم يبطأها تكرر الايلاء عليه وهذا عنده فى الطلاق الرجعى والبائن وقال أبو حنيفة الطلاق البائن يسقط الايلاء وهو أحد قولى الشافعى وهذا القول هو الذى اختاره المزنى وجاعة العلماء على أن الايلاء لا يتكرر بعد الطلاق الابادة اليقين والسبب فى اختلافهم معارضة المصلحة لظاهر شرط الايلاء وذلك انه لا ايلاء فى الشرع الا حيث يكون يمين فى ذلك النكاح بنفسه لا فى نكاح آخر ولكن ان راعينا هذا وجد الضرر المقصود ازائه بحكم الايلاء ولذلك رأى مالك انه يحكم بحكم الايلاء بغير يمين اذا وجد معنى الايلاء (المسئلة الثامنة) وأما هل تلزم الزوجة المولى منهاعدة أو ليس تلزمها فان الجمهور على ان العدة تلزمها وقال جابر بن زيد لا تلزمها عدة اذا كانت قد حاضت فى مدة الاربعة أشهر ثلاث حيض وقال بقوله طائفة وهو مروى عن ابن عباس وسجته ان العدة انما وضعت لبراءة الرحم وهذه قد حصلت لها البراءة وحجة الجمهور انها مطلقة فوجب ان تعتد كسائر المطلقات وسبب الخلاف ان العدة جعلت عبادة ومصلحة فمن لحظ جانب المصلحة لم ير عليها عدة ومن لحظ جانب العبادة أوجب عليها العدة (المسئلة التاسعة) وأما ايلاء العبد فان مالك قال ايلاء العبد شهران على النصف من ايلاء الحر قياسا على حدوده وطلاقه وقال الشافعى وأهل الظاهر ايلاؤه مثل ايلاء الحر أربعة أشهر تمسكا بالعموم والظاهر ان تعلق الايمان بالحر والعبد سواء والاىلاء يمين وقياسا يضاع على مدة العنين وقال أبو حنيفة النقص الداخل على الايلاء معتبر بالنساء لا بالرجال كالعدة فان كانت المرأة حرة كان الايلاء ايلاء الحر وان كان الزوج عبدا وان كانت أمة فعلى النصف وقياس الايلاء على الحد غير جيد ذلك ان العبد انما كان حده أقل من حد الحر لان الفاحشة منه أقل قبحا ومن الحر أعظم قبحا ومدة الايلاء انما ضربت جمع بين التوسعة على الزوج وبين ازالة الضرر عن الزوجة فاذا فرضنا مدة أقصر من هذه كان أضيق على الزوج وأثنى للضرر عن الزوجة والحر أحق بالتوسعة وبني الضرر عنه فلذلك كان يجب على هذا القياس أن لا ينقص من الايلاء الا اذا كان الزوج عبدا والزوجة حرة فقط وهذا لم يقل به أحد فالواجب التسوية والذين قالوا بتأثير الرق فى مدة الايلاء اختلفوا فى زوال الرق بعد الايلاء هل ينتقل الى ايلاء الاحرار أم لا فقال مالك لا ينتقل من ايلاء العبيد الى ايلاء الاحرار وقال أبو حنيفة ينتقل فعنده ان الامة اذا اعتقت وقد آلى زوجها منها انتقلت الى ايلاء الاحرار وقال ابن القاسم الصغيرة التى لا يجمع مثلها لا ايلاء عليها فان وقع وتماذى حسبت الاربعة الاشهر من يوم بلغت وانما قال ذلك لانه لا ضرب عليها فى ترك الجماع وقال أيضا لا ايلاء على خصى ولا على من لا يقدر على الجماع (المسئلة العاشرة) وأما هل من شرط رجعة المولى ان يطأ فى العدة أم لا فان الجمهور ذهبوا الى أن ذلك ليس من شرطها وأما مالك فانه قال اذا لم يطأ فيها من غير عذر مرض أو ما أشبه ذلك فلا رجعة عنده له عليها وتبقى على عدتها ولا سبيل له اليها اذا انقضت العدة وحجة الجمهور انه لا يتخلو أن يكون الايلاء يعود برجعته اياها فى العدة أو لا يعود فان عاد لم يعتبر واستؤف الايلاء من وقت الرجعة أعنى تحسب مدة الايلاء من وقت الرجعة وان لم يعد الايلاء لم يعتبر أصلا الاعلى منه من

يرى ان الإيلاء يكون بغير بين وكيفما كان فلا بد من اعتبار الاربعه الاشهر من وقت الرجعة وأما مالك فانه قال كل رجعة من طلاق كان لرفع ضرر فان محبة الرجعة معتبرة فيه بزوال ذلك الضرر وأصله المعسر بالنفقة اذا طلق عليه ثم ارتجع فان رجعته تعتبر بغيرها يساره فبسبب الخلاف قياس الشبه وذلك ان من شبه الرجعة بابتداء النكاح أوجب فيها تجدد الإيلاء ومن شبه هذه الرجعة برجعة المطلق لضرر لم يرتفع منه ذلك الضرر قال بئق على الاصل

﴿ كتاب الظهار ﴾

والاصل في الظهار الكتاب والسنة فاما الكتاب فقوله تعالى (والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقية) الآية وأما السنة فحديث خولة بنت مالك بن ثعلبة قالت ظاهر مني زوجي، وأويس بن الصامت جئت رسول الله صلى الله عليه وسلم أشكوا اليه ورسول الله يجادلني فيه ويقول اتق الله فانه ابن عمك فما خرجت حتى أنزل الله (قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها وتشتكي الى الله والله يسمع تحاوركما) الآيات فقال ليعتق رقية قالت لا يجحد قال فيصوم شهرين متتابعين قالت يا رسول الله انه شيخ كبير ما به من صيام قال فليطعم ستين مسكينا قالت ما عنده من شيء يتصدق به قال فاني سأعينه بعرق من تمر قالت وأنا أعينه بعرق آخر قال لقد أحسنت اذهبي فأطعمي عنه ستين مسكينا أخرجه أبو داود وحديث سلمة بن صخر البياضي عن النبي صلى الله عليه وسلم والكلام في أصول الظهار ينحصر في سبعة فصول منها في ألقاظ الظهار ومنها في شرط وجوب الكفارة فيه ومنها فيمن يصح فيه الظهار ومنها فيما يحرم على المظاهر ومنها هل يتكرر الظهار بتكرار النكاح ومنها هل يدخل الإيلاء عليه ومنها القول في أحكام كفارة الظهار

﴿ الفصل الأول ﴾

واتفق الفقهاء على أن الرجل اذا قال لزوجته أنت علي كظهر أمي انه ظهار واختلفوا اذا ذكر عضوا غير الظهر أو ذكر ظهر من تحرم عليه من المحرمات النكاح على التأييد غير الام فقل مالك هو ظهار وقال جماعة من العلماء لا يكون ظهارا الا بلفظ الظهر والام وقال أبو حنيفة يكون بكل عضو يحرم النظر اليه وسبب اختلافهم معارضة المعنى للظاهر وذلك ان معنى التحريم تستوى فيه الام وغيرها من المحرمات والظهر وغيره من الاعضاء وأما الظاهر من الشرع فانه يقتضي ان لا يسمى ظهارا الا ما ذكر فيه لفظ الظهر والام وأما اذا قال هي علي كأمي ولم يذكر الظهر فقال أبو حنيفة والشافعي ينوي في ذلك لأنه قدريد بذلك الاجلال لها وعظم منزلتها عنده وقال مالك هو ظهار وأما من شبه زوجته بأجنبية لا تحرم عليه على التأييد فانه ظهار عند مالك وعند ابن الماجشون ليس بظهار وسبب الخلاف هل تشبيهه الزوجة بمحرمة خير مؤبد التحريم كتشبيهها بمؤبد التحريم

﴿ الفصل الثاني ﴾

وأما شرط وجوب الكفارة فان الجمهور على انها لا تجب دون العود وشذ مجاهد وطاوس فقالا تجب دون العود ودليل الجمهور قوله تعالى (والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقية) وهو نص في معنى وجوب تعاقب الكفارة بالعود وأيضا فن طريق القياس فان الظهار يشبه الكفارة

في العيين فكأن الكفارة انما تلزم بالخالفه أو بإرادة المخالفه كذلك الأمر في الظهار وحجة مجاهد وطاوس أنه معنى يوجب الكفارة العليا فوجب ان يوجها بنفسه لا بمعنى زائد تشبيها بكفارة القتل والفطر وأيضا فانهم قالوا انه كان طلاقا الجاهلية ففسخ تحريره بالكفارة وهو معنى قوله تعالى (ثم يعودون لما قالوا) والعود عندهم هو العود في الاسلام فأما القائلون بشرط العود في إيجاب الكفارة فانهم اختلفوا فيه ما هو فعن مالك في ذلك ثلاث روايات احدها أن العود هو أن يعزم على امساكها والوطء معا والثانية أن يعزم على وطئها فقط وهي الرواية الصحيحة المشهورة عند أصحابه وبه قال أبو حنيفة وأحمد والرواية الثالثة أن العود هو نفس الوطء وهي أضعف الروايات عند أصحابه وقال الشافعي العود هو الامساك نفسه قال ومن مضى له زمان يمكنه أن يطلق فيه ولم يطلق ثبت أنه عائد ولزمته الكفارة لأن اقامته زمانا يمكنه أن يطلق فيه من غير أن يطلق يقوم مقام ارادة الامساك منه وهو دليل ذلك وقال داود وأهل الظاهر العود هو أن يكرر لفظ الظهار ثانية ومتى لم يفعل ذلك فليس بعائد ولا كفارة عليه فليل الرواية المشهورة لمالك يبنى على أصليين أحدهما ان المفهوم من الظهار هو ان وجوب الكفارة فيه انما يكون بإرادته العود الى ما حرم على نفسه بالظهار وهو الوطء وإذا كان ذلك كذلك وجب أن تكون العودة هي اما الوطء نفسه واما العزم عليه وإرادته والأصل الثاني انه ليس يمكن أن يكون العود نفسه هو الوطء لقوله تعالى في الآية (فتحرر رقة من قبل ان تجاسا) ولذلك كان الوطء محرما حتى يكفر قالوا ولو كان العود نفسه الامساك لكان الظهار نفسه يحرم الامساك فكان الظهار يكون طلاقا وبالجملة فالعول عندهم في هذه المسئلة هو الطريق الذي يعرفه الفقهاء بطريق السبر والتقسيم وذلك ان معنى العود لا يخلو ان يكون تكرار اللفظ على ما يراه داود أو الوطء نفسه أو الامساك نفسه أو ارادة الوطء ولا يكون تكرار اللفظ لأن ذلك تأكيد والتأكيد لا يوجب الكفارة ولا يكون ارادة الامساك للوطء فان الامساك موجود بعد فقد بقي أن يكون ارادة الوطء وإن كان ارادة الامساك للوطء فقد أراد الوطء فثبت ان العود هو الوطء ومعقد الشافعية في اجرائهم ارادة الامساك أو الامساك مجرى ارادة الوطء ان الامساك يلزم عنه الوطء فجعلوا لازم الشيء مشبها بالشيء وجعلوا حكمهما واحدا وهو قريب من الرواية الثانية وربما استدلت الشافعية على أن ارادة الامساك هو السبب في وجوب الكفارة ان الكفارة ترتفع بارتفاع الامساك وذلك اذا طلق اثر الظهار ولهذا احتاط مالك في الرواية الثانية بجعل العود هو ارادة الأمرين جميعا أعنى الوطء والامساك واما أن يكون العود الوطء فضعيف ومخالف للنص والمعتقد فيها تشبيه الظهار باليمين أي كأن كفارة اليمين انما تجب بالحنث كذلك الأمر هنا وهو قياس شبه عارضه النص وأما داود فانه تعلق بظاهر اللفظ في قوله تعالى (ثم يعودون لما قالوا) وذلك يقتضى الرجوع الى القول نفسه وعند أبي حنيفة انه العود في الاسلام الى ما تقدم من ظهارهم في الجاهلية وعند مالك والشافعي ان المعنى في الآية ثم يعودون فيما قالوا وسبب الخلاف بالجملة انما هو مخالفة الظاهر للمفهوم فمن اعتقد المفهوم جعل العود ارادة الوطء أو الامساك وتأول معنى اللام في قوله تعالى (ثم يعودون لما قالوا) بمعنى الفاء وأما من اعتقد الظاهر فانه جعل العود تكرار اللفظ وأن العود الثانية انما هي ثانية للاولى التي كانت منهم في الجاهلية ومن تأول أحدهذين فالأشبه أن يعتقد ان بنفس الظهار تجب الكفارة

كما اعتقد ذلك مجاهد الآن يقدر في الآية محذوفا وهو ارادة الامساك فهنا اذا ثلاثة مذاهب اما ان تكون العودة هي تكرار اللفظ واما ان تكون ارادة الامساك واما ان تكون العودة هي التي في الاسلام وهذان ينقسمان قسمين أعنى الأول والثالث أحدهما ان يقدر في الآية محذوفا وهو ارادة الامساك فيشترط هذه الارادة في وجوب الكفارة واما ألا يقدر فيها محذوفا فتجب الكفارة بنفس الظهار واختلفوا من هذا الباب في فروع وهو هل اذا طلق قبل ارادة الامساك أو ماتت عنه زوجته هل تكون عليه كفارة أم لا فجمهور العلماء على أن لا كفارة عليه الآن يطلق بعد ارادة العودة أو بعد الامساك بزمان طويل على ما يراه الشافعي وحكى عن عثمان النبي أن عليه الكفارة بعد الطلاق وانها اذا ماتت قبل ارادة العودة لم يكن له سبيل الى مبراها الا بعد الكفارة وهذا شدو مخالف للنص والله أعلم

الفصل الثالث

واتفقوا على لزوم الظهار من الزوجة التي في العصمة واختلفوا في الظهار من الأمة ومن التي في غير العصمة وكذلك اختلفوا في ظهار المرأة من الرجل فأما الظهار من الامة فقال مالك والثوري وجاعة الظهار منها لازم كالظهار من الزوجة الحرة وكذلك المدبرة وأم الولد وقال الشافعي وأبو حنيفة وأحمد وأبو ثور لا ظهار من أمة وقال الأوزاعي ان كان بطلاً أمته فهو منها مظهر وان لم يطلأها فهي عينا وفيها كفارة عينا وقال عطاء هو مظهر لكن عليه نصف كفارة فدليل من أوقع ظهار الأمة عموم قوله تعالى (والذين يظاهرون من نسائهم) والاماء من النساء وحجة من لم يجعله ظهارا انهم قد أجسوا ان النساء في آية الظهار (الذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر) هن ذوات الأزواج فكذلك اسم النساء في آية الظهار فسبب الخلاف معارضة قياس الشبه للعموم أعنى تشبيه الظهار بالايلاء وعموم لفظ النساء أعنى ان عموم اللفظ يقتضى دخول الاماء في الظهار وتشبيهه بالايلاء يقتضى خروجهن من الظهار وأما هل من شرط الظهار كون المظاهر منها في العصمة أم لا فذهب مالك ان ذلك ليس من شرطه وان من عين امرأة تابعينها وظاهر منها بشرط التزويج كان مظاهرا منها وكذلك ان لم يعين وقال كل امرأة أتزوجها فهي مني كظهر أمي وذلك بخلاف الطلاق بقول مالك في الظهار قال أبو حنيفة والثوري والأوزاعي وقال قائلون لا يلزم الظهار الا فيما يملك الرجل وعن قال بهذا القول الشافعي وأبو ثور ودادود وفرق قوم فقالوا ان أطلق لم يلزمه ظهار وهو ان يقول كل امرأة أتزوجها فهي مني كظهر أمي فان قيل يلزمه وهو ان يقول ان تزوجت فلانة أو سمي قرية أو قبيلة وقائل هذا القول هو ابن أبي ليلى والحسن بن حي ودليل الفريق الأول قوله تعالى أفوا بالعهود ولانه عقد على شرط الملك فاشبه اذا ملك والمؤمنون عند شروطهم وهو قول عمر وأما جة الشافعي فحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا طلاق الا فيما يملك ولا عتيق الا فيما يملك ولا بيع الا فيما يملك ولا وفاء بنذر الا فيما يملك خرجه أبو داود والترمذي والظهار شبهه بالطلاق وهو قول ابن عباس وأما الذين فرقوا بين التعميم والتعيين فانه رأوا أن التعميم في الظهار من باب الحرج وقد قال تعالى (وما جعل عليكم في الدين من حرج) واختلفوا أيضا من هذا الباب في هل تظاهر المرأة من الرجل فمن العلماء في ذلك ثلاثة أقوال أشهرها انه لا يكون

منها ظهار وهو قول مالك والشافعي والثاني أن عليها كفارة يمين والثالث أن عليها كفارة الظهار ومعقد الجهر وتشبيه الظهار بالطلاق ومن أئزم المرأة الظهار فتشبيه الظهار باليمين ومن فرق فلا ندرأى أن أقل اللازم لها في ذلك هو كفارة يمين وهو ضعيف وسبب الخلاف تعارض الاشياء في هذا المعنى

﴿ الفصل الرابع ﴾

واتفقوا على أن المظاهر يحرم عليه الوطء واختلفوا فيما دونه من ملامسة ووطء في غير الفرج ونظر الزنة فذهب مالك إلى أنه يحرم الجماع وجميع أنواع الاستمتاع بمادون الجماع من الوطء فيما دون الفرج والمس والتقبيل والنظر للذة ماعدا وجهها وكفها ويديهما من سائر بدنهما ومحاسنها وبه قال أبو حنيفة إلا أنه أنما كره النظر للفرج فقط وقال الشافعي إنما يحرم الظهار الوطء في الفرج فقط الجماع عليه لا ماعدا ذلك وبه قال الثوري وأحمد وجاعة ودليل قول مالك قوله تعالى (من قبل أن يمتسا) وظاهر لفظ التماس يقتضي المباشرة فما فوقها ولأنه أيضا لفظ حرمت به عليه فاشبهه بلفظ الطلاق ودليل قول الشافعي أن المباشرة كناية هيئنا عن الجماع بدليل إجماعهم على أن الوطء محرم عليه وإذا دلت على الجماع لم تدل على ما فوق الجماع لأنها إما أن تدل على ما فوق الجماع وإما أن تدل على الجماع وهي الدلالة المجازية لكن قد اتفقوا على أنها دلت على الجماع فاتفقت الدلالة المجازية إذ لا يدل لفظ واحد لالتين حقيقة ومجازا قلت الذين يرون أن اللفظ المشترك له عموم لا يبعد أن يكون اللفظ الواحد عندهم يتضمن المعنيين جميعا أعني الحقيقة والمجاز وإن كان لم تجر به عادة العرب ولذلك القول به في غاية من الضعف ولوعلم أن للشرع فيه تصرفا لجاز وأيضا فإن الظهار مشبه عندهم بالإيلاء فوجب أن يختص عندهم بالفرج

﴿ الفصل الخامس ﴾

وأما تكرار الظهار بعد الطلاق أعني إذا طلقها بعد الظهار قبل أن يكفر ثم راجعها هل يتكرر عليه الظهار فلا يحل له المسيس حتى يكفر فيه خلاف قال مالك أن طلقها دون الثلاث ثم راجعها في العدة أو بعدها فعليه الكفارة وقال الشافعي إن راجعها في العدة فعليه الكفارة وإن راجعها في غير العدة فلا كفارة عليه وعنه قول آخر مثل قول مالك وقال محمد بن الحسن الظهار راجع عليها نكحها بعد الثلاث أو بعد واحدة وهذه المسئلة شبيهة بمن يخلف بالطلاق ثم يطلق ثم يراجع هل ينسب تلك اليمين عليه أم لا وسبب الخلاف هل الطلاق يرفع جميع أحكام الزوجية ويهدمها أولا يهدمها فتنهم من رأى أن البائن الذي هو الثلاث يهدم وإن مادون الثلاث لا يهدم ومنهم من رأى أن الطلاق كله غير هادم وأحسب أن من الظاهرية من يرى أنه كله هادم

﴿ الفصل السادس ﴾

وأما هل يدخل الإيلاء على الظهار إذا كان مضارا وذلك بأن لا يكفر مع قدرته على الكفارة فإن فيه أيضا اختلافا فابو حنيفة والشافعي يقولان لا يتدخل الحكم لأن حكم الظهار خلاف حكم الإيلاء وسواء كان عندهم مضارا أو لم يكن وبه قال الأوزاعي وأحمد وجاعة وقال مالك يدخل الإيلاء على الظهار بشرط أن يكون مضارا وقال الثوري يدخل الإيلاء على الظهار وتبين منه باقتضاء الأربعة أشهر من غير اعتبار للمضارة ففيه ثلاثة أقوال قول أنه يدخل بالطلاق وقول أنه لا يدخل بالطلاق وقول أنه يدخل مع المضارة ولا يدخل مع عدمها وسبب الخلاف مراعاة المعنى واعتبار الظاهر فن اعتبر الظاهر قال لا يتدخل الخلان

ومن اعتبر المعنى قال يشد اخلاقه اذا كان القصد الضرر

الفصل السابع

والنظر في كفارة الظهار في أشياء منها في عدد أنواع الكفارة وترتيبها وشروط نوع منها أعني الشروط المصححة ومتى تجب كفارة واحدة ومتى تجب أكثر من واحدة فأما أنواعها فانهم أجمعوا على أنها ثلاثة أنواع اعتناق رقبة أو صيام شهرين أو إطعام ستين مسكينا وانها على الترتيب فلا اعتناق أولا فان لم يكن فالصيام فان لم يكن فلا إطعام هذا في الحر واختلفوا في العبد هل يكفر بالعتق أو بالإطعام بعد اتفاقهم ان الذي يبدأ به الصيام أعني اذا عجز عن الصيام فأجاز للعبد العتق ان أذن له سيده أبو ثور ودأود وأبي ذلك سائر العلماء وأما الإطعام فأجاز له مالك ان أطعم بآذن سيده ولم يجز ذلك أبو حنيفة والشافعي ومبنى الخلاف في هذه المسئلة هل يملك العبد أو لا يملك وأما اختلافهم في الشروط المصححة فمنها اختلافهم اذا وطئ في صيام الشهرين هل عليه استئناف الصيام أم لا فقال مالك وأبو حنيفة يستأنف الصيام الآن بأب حنيفة شرط في ذلك العمد ولم يفرق مالك بين العمد في ذلك والنسيان وقال الشافعي لا يستأنف على حال وسبب الخلاف تشبيه كفارة الظهار بكفارة اليمين والشرط الذي ورد في كفارة الظهار أعني أن تكون قبل المسيس فمن اعتبر هذا الشرط قال يستأنف الصوم ومن شبهه بكفارة اليمين قال لا يستأنف لأن الكفارة في اليمين ترفع الحنث بعد وقوعه باتفاق ومنها هل من شرط الرقة أن تكون مؤمنة أم لا فذهب مالك والشافعي إلى أن ذلك شرط في الأجزاء وقال أبو حنيفة يجزى في ذلك رقبة الكافر ولا يجزى عندهم اعتناق الوثنية والمرتدة دليل الفريق الأول انه اعتناق على وجه القرية فوجب أن تكون مسلمة أصله الاعتناق في كفارة القتل وروى ما قالوا ان هذا ليس من باب القياس وانما هو من باب حمل المطلق على المقيّد وذلك انه قيد الرقة بالإيمان في كفارة القتل وأطلقها في كفارة الظهار فيجب صرف المطلق إلى المقيّد وهذا النوع من حل المطلق على المقيّد فيه خلاف والحنفية لا يجزونه وذلك ان الأسباب في القضيتين مختلفة وأما حجة أبي حنيفة فهو ظاهر العموم ولا معارضة عنده بين المطلق والمقيّد فوجب عنده أن يحمل كل على لفظه ومنها اختلافهم هل من شرط الرقة أن تكون سلمة من العيوب أم لا ثم ان كانت سلمية فمن أي العيوب تشترط سلامتها قالني عليه الجمهور ان للعيوب تأثيرا في منع أجزاء العتق وذهب قوم إلى أنه ليس لها تأثير في ذلك وحجة الجمهور تشبيهها بالأضحية والهدايا لكون القرية تجمعها وحجة الفريق الثاني اطلاق اللفظ في الآية فسبب الخلاف معارضة الظاهر لقياس الشبه والذين قالوا ان للعيوب تأثيرا في منع الأجزاء اختلفوا في عيب عيب مما يعتبر في الأجزاء أو عدمه أما العمي وقطع اليدين أو الرجلين فلا خلاف عندهم في أنه مانع للأجزاء واختلفوا فيما دون ذلك فمنها هل يجوز قطع اليد الواحدة أجزأ أبو حنيفة ومنعه مالك والشافعي وأما الأعور فقال مالك لا يجزى وقال عبد الملك يجزى وأما الاقطع الاذنين فقال مالك لا يجزى وقال أصحاب الشافعي يجزى وأما الأصم فاختلف فيه في منعه مالك فليل يجزى وقيل لا يجزى وأما الأخرس فلا يجزى عنده مالك وعن الشافعي في ذلك قولان أما المجنون فلا يجزى أما الخصى فقال ابن القاسم لا يجزى الخصى وقال غيره لا يجزى وقال الشافعي يجزى واعتناق الصغير جائز في قول عامة فقهاء الأمصار وحكى عن بعض

المتقدمين منعه والعرج الخفيف في المذهب يجزى وأما البين العرج فلا والسبب في اختلافهم اختلافهم في قدر النقص المؤثر في القرية وليس له أصل في الشرع الا الضحايا وكذلك لا يجزى في المذهب ما فيه شركة أو طرف حرة كالكتابة والتدبير لقوله تعالى (فتحرير رقبة) والتحرير هو ابتداء الاعتاق وإذا كان فيه عقد من عقود الحرية كالكتابة كان تنجيها لا اعتاقا وكذلك الشركة لان بعض الرقبة ليس برقبة وقال أبو حنيفة ان كان المكاتب أدى شيئا من مال الكتابة لم يجز وإن كان لم يؤد جاز واختلفوا هل يجزى به عتق مدبره فقال مالك لا يجزى به تشبيهه بالكتابة لانه عقد ليس له حله وقال الشافعي يجزى به ولا يجزى عند مالك اعتاق أم ولده ولا المعتق الى أجل مسمى أما عتق أم الولد فلان عقدها أكد من عقد الكتابة والتدبير بدليل انهما قديطراً عليهم ما القسح أما في الكتابة فن العجز عن أداء النجوم وأما في التدبير فاذا ضاق عنه الثلث وأما العتق الى أجل فانه عقد عتق لا سبيل الى حله واختلف مالك والشافعي مع أبي حنيفة في اجزاء عتق من يعتق عليه بالنسب فقال مالك والشافعي لا يجزى عنه وقال أبو حنيفة اذا نوى به عتقه عن ظهاراً جزأ فابو حنيفة شبهه بالرقبة التي لا يجب عتقها وذلك ان كل واحدة من الرقبتين غير واجب عليه شراؤها وبذل القيمة فيها على وجه العتق فاذا نوى بذلك التكفير جاز والمالكية والشافعية رأته ان إذا اشترى من يعتق عليه عتق عليه من غير قصد الى اعتاقه فلا يجزى به فابو حنيفة أقام القصد للشراء مقام العتق وهو لا قالوا لا بد أن يكون قاصدا للعتق نفسه فكلما يسمى معتقا باختياره ولكن أحدهما معتق بالاختيار الأول والآخ معتق بلازم الاختيار فكانه معتق على القصد الثاني ومشتري على القصد الأول والآخ بالعكس واختلف مالك والشافعي فحين أعتق نصف عبدین فقال مالك لا يجوز ذلك وقال الشافعي يجوز لأنه في معنى الواحد ومالك تمسك بظاهر دلالة اللفظ فهذا ما اختلفوا فيه من شروط الرقبة المعتقة وأما شروط اطعام فانهم اختلفوا من ذلك في القدر الذي يجزى لمسكين مسكين من الستين مسكينا الذين وقع عليهم النص فعن مالك في ذلك روايتان أشهرهما ان ذلك مئة بمئة شام لكل واحد ذلك مئتان بمئة النبي صلى الله عليه وسلم وقد قيل هو أقل وقد قيل هو مئة وثلاث وأما الرواية الثانية فمئة لكل مسكين بمئة النبي صلى الله عليه وسلم وبه قال الشافعي فوجه الرواية الأولى اعتبار الشبع غالباً أعنى الغداء والعشاء ووجه هذه الرواية الثانية اعتبار هذه الكفارة بكفارة اليمين فهذا هو اختلافهم في شروط الصعته في الواجبات في هذه الكفارة وأما اختلافهم في مواضع تعددها ومواضع اتحادها فمما اذا ظاهر بكلمة واحدة من نسوة أكثر من واحدة هل يجزى في ذلك كفارة واحدة أم يكون عدد الكفارات على عدد النسوة فعند مالك أنه يجزى في ذلك كفارة واحدة وعند الشافعي وأبي حنيفة ان فيها من الكفارات بعدد المظاهر منهن ان اثنتين فاثنتين وان ثلاثا فثلاثا وإن أكثر فأكثر فمن شبهه بالطلاق أوجب في كل واحدة كفارة ومن شبهه بالإيلاء أوجب فيه كفارة واحدة وهو بالإيلاء أشبه ومنها اذا ظاهر من امرأته في مجلس شتى هل عليه كفارة واحدة أو على عدد المواضع التي ظاهر فيها فقال مالك ليس عليه الا كفارة واحدة الا أن يظهر ثم يكفر ثم يظهر فعليه كفارة ثانية وبه قال الأوزاعي وأجسواسحق وقال أبو حنيفة والشافعي لكل ظهار كفارة وأما اذا كان ذلك في مجلس واحد فلا خلاف عند مالك ان في ذلك كفارة واحدة وعند أبي حنيفة ان ذلك راجع

الى نيته فان فسد التأكيذ كانت الكفارة واحدة وان أراد استئناف الظهار كان ما أراد ولزمه من الكفارات على عدد الظهار وقال يحيى بن سعيد تازم الكفارة على عدد الظهار سواء كان في مجلس واحد أو في مجالس شتى والسبب في هذا الاختلاف أن الظهار الواحد بالحقيقة هو الذي يكون بلفظ واحد من امرأة واحدة في وقت واحد والمتعدد بخلاف هو الذي يكون بلفظين من امرأتين في وقتين فان كرر اللفظ من امرأة واحدة فهل يوجب تعدد اللفظ تعدد الظهار أم لا يوجب ذلك فيه تعددا وكذلك ان كان اللفظ واحدا والمظاهر منها أكثر من واحدة وذلك ان هذه بمنزلة المتوسطات بين ذينك الطرفين فمن غلب عليه شبه الطرف الواحد أوجب له حكمه ومن غلب عليه شبه الطرف الثاني أوجب له حكمه ومنها اذا ظاهر من امرأته ثم مسها قبل أن يكفر هل عليه كفارة واحدة أم لا فأكثر فقهاء الأمصار مالك والشافعي وأبو حنيفة والثوري والأوزاعي وأحمد واسحق وأبو ثور وداود والطبري وأبو عبيد ان في ذلك كفارة واحدة واجبة لهم حديث سلمة بن صخر البياضي انه ظاهر من امرأته في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم وقع بإمرأته قبل أن يكفر فأتي رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكر له ذلك فأمره أن يكفر تكفيرا واحدا وقال قوم عليه كفارتان كفارة العزم على الوطء وكفارة الوطء لأنه وطئ وطأ محرما وهو مروى عن عمر بن العاص وقبيصة بن ذؤيب وسعيد بن جبير وابن شهاب وقد قيل انه لا يلزمه شيء لاجن العود ولا عن الوطء لأن الله تعالى اشترط محبة الكفارة قبل المسيس فادامس فقد خرج وقتها فلا يجب الا بأمر محمد وذلك معدوم في مستلثنا وفيه شذوذ وقال أبو محمد بن حزم من كان فرضه الاطعام فليس يحرم عليه المسيس قبل الاطعام وانما يحرم المسيس على من كان فرضه العتق والصيام

كتاب اللعان

والقول فيه يشتمل على خمسة فصول بعد القول بوجوبه الفصل الأول في أنواع الدعاوى الموجبة له وشروطها الفصل الثاني في صفات المتلاعنين الثالث في صفة اللعان الرابع في حكم نكول أحدهما أو رجوعه الخامس في الاحكام اللازمة لتمام اللعان فأما الاصل في وجوب اللعان وأما من الكتاب فقله تعالى (والذين يرمون أزواجهن ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم) الآية وأما من السنة فارواه مالك وغيره من مخرجي الصحيح من حديث عويمر الجعلائي اذ جاء الى عاصم بن عدى الجعلائي رجل من قومه فقال له يا عاصم أرايت رجلا وجد مع امرأته رجلا أ يقتله فتقتلونه أم كيف يفعل سلى يا عاصم عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأل عاصم عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال مرجع عاصم الى أهله جاء عويمر فقال يا عاصم ماذا قال لك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لم تأتني بخبر قد كره رسول الله صلى الله عليه وسلم المستئلة التي سألت عنها فقال والله لا أتسى حتى أسأله عنها فأقبل عويمر حتى أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم وسط الناس فقال يا رسول الله أرايت رجلا وجد مع امرأته رجلا أ يقتله فتقتلونه أم كيف يفعل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم قد نزل فيك وفي صاحبك قرآن فاذهب فأنت بها قال سهل فتلاعنا وأنا مع الناس عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما فرغنا من تلاعنا قال عويمر كذبت عليها يا رسول الله ان أمسكتها فطلقها ثلاثا قبل أن يأمر بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم قال مالك قال ابن شهاب فلم تزل تلك سنة المتلاعنين وأيضا من طريق المعنى لما كان الفرائض واجبا

للمحقوق النسب كان بالناس ضرورة الى طريق ينفونه به اذا تحققوا فسادهم وتلك الطريق هي اللعان
فاللعان حكم ثابت بالكاتب والسنة والقياس والاجماع اذ لا خلاف في ذلك أعلمه فهذا هو القول في اثبات

﴿ الفصل الأول ﴾

حكمه

وأما صور الدعوى التي يجب بها اللعان فهي أولاً صورتان أحدهما دعوى الزنا والثانية نفي الجمل
ودعوى الزنا لا يتخلو أن تكون مشاهدة أعني أن يدعى أنه شاهد هاتفي كما يشهد الشاهد على الزنا وتكون
دعوى مطلقة وإذا نفي الجمل فلا يتخلو أن ينفيه أيضاً تفصيلاً مطلقاً أو يزعم أنه لم يقر بها بعد استبرائها فهذه أربعة
أحوال بسائط وسائر الدعوى تتركب عن هذه مثل أن يرميها بالزنا وينفي الجمل أو يثبت الجمل ويرميها بالزنا
فأما وجوب اللعان بالقذف بالزنا اذا ادعى الرؤية فلا خلاف فيه قالت المالكية اذا زعم أنه لم يراها بعد
وأما وجوب اللعان بمجرد القذف فالجمهور على جوازها الشافعي وأبو حنيفة والثوري وأحمد وداد وغيرهم
وأما المشهور عن مالك فإنه لا يجوز اللعان عنده بمجرد القذف وقد قال ابن القاسم أيضاً إنه يجوز وهي أيضاً
رواية عن مالك وحجة الجمهور عموم قوله تعالى (والذين يرمون أزواجهم) الآية ولم يخص من الزنا صفة دون
صفة كما قال في إيجاب حد القذف وحجة مالك ظواهر الاحاديث الواردة في ذلك منها قوله في حديث سعد
أرأيت لو أن رجلاً وجده مع امرأته رجلاً وحديث ابن عباس وفيه فخر رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال والله
يا رسول الله لقد رأيته بعيني وسمعت بأذني فكرر رسول الله صلى الله عليه وسلم ما جاء به واشتد عليه فنزلت
(والذين يرمون أزواجهم) الآية وأيضاً فإن الدعوى يجب أن تكون بينة كالشهادة وفي هذا الباب فرع
اختلف فيه قول مالك وهو اذا ظهر بها جل بعد اللعان فمن مالك في ذلك روايتان أحدهما سقوط الجمل عنه
والأخرى لحوقه به وانفقوا فيها حسب أن من شرط الدعوى الموجبة لللعان برؤية الزنا أن تكون في العصمة
واختلفوا فبين قذف زوجته بدعوى الزنا ثم طلقها ثلاثاً هل يكون بينهما لعان أم لا فقال مالك والشافعي
والأوزاعي وجاعة بينهما لعان وقال أبو حنيفة لالعان بينهما إلا أن ينفي ولداً ولا حد وقال مكحول والحكم
وقتادة يحد ولا يلعن وأما أن نفي الجمل فإنه كما قلنا على وجهين أحدهما أن يدعى أنه استبرأها ولم يراها
بعد الاستبراء وهذا ما لا خلاف فيه واختلف قول مالك في الاستبراء فقال مرة ثلاث حيض وقال مرة
حيضة وأما نفيه مطلقاً فالشهور عن مالك أنه لا يجب بذلك لعان وخالفه في هذا الشافعي وأحمد وداد
وقالوا لا معنى لهذا لأن المرأة قد تحمّل مع رؤية الدم وحكي عبد الوهاب عن أصحاب الشافعي أنه لا يجوز
نفي الجمل مطلقاً من غير قذف واختلفوا من هذا الباب في فرع وهو وقت نفي الجمل فقال الجمهور ينفيه
وهي حامل وشرط مالك أنه متى لم ينفيه وهو جل لم يحز له أن ينفيه بعد الولادة بلعان وقال الشافعي اذا علم
الزوج بالجل فأمكنه الحاكم من اللعان فلم يلعن لم يكن له أن ينفيه بعد الولادة وقال أبو حنيفة لا ينفي
الولد حتى تضع حجة مالك ومن قال بقوله الآثار المتواترة من حديث ابن عباس وابن مسعود أنس وسهل
ابن سعد أن النبي عليه الصلاة والسلام حين حكم باللعان بين المتلاعنين قال إن جاءت به على صفة كذا
فإن أراه إلا فصدق عليها قالوا وهذا يدل على أنها كانت حاملاً في وقت اللعان وحجة أبي حنيفة أن الجمل
قد ينفس ويضمحل فلا رجة لللعان الأعلى يقين ومن حجة الجمهور أن الشرع قد علق بظهور الجمل أحكاماً
كثيرة كالنفقة والعدة ومنع الوطء فوجب أن يكون قياس اللعان كذلك وعند أبي حنيفة أنه يلعن

وان لم ينف الجمل الا وقت الولادة وكذلك ما قرب من الولادة ولم يوقت في ذلك وقتا ووقت صاحبه
 أبو يوسف ومحمد فقالا له ان ينفيه ما بين أربعين ليلة من وقت الولادة والذين أوجبوا اللعان في وقت الجمل
 اتفقوا على ان له نفيه في وقت العصمة واختلفوا في نفيه بعد الطلاق فذهب مالك الى ان له ذلك في جميع
 المدة التي يلحق الولد فيها للفرش وذلك هو أقصى زمان الجمل عنده وذلك نحو من أربع سنين عنده
 أو خمس سنين وكذلك عنده حكم في الولد بعد الطلاق اذ لم يزل منكرا له وبقرير من هذا المعنى
 قال الشافعي وقال قوم ليس له ان ينفي الجمل الا في العدة فقط وان نفاه في غير العدة حد ولحق به الولد
 فالحكم يجب به عند الجمهور الى انقضاء أطول مدة الجمل على اختلافهم في ذلك فان الظاهرية ترى
 ان أقصر مدة الجمل التي يجب بها الحكم هو المعتاد من ذلك وهي التسعة أشهر وما قاربها ولا اختلاف بينهم
 أنه يجب الحكم به في مدة العصمة فإزاد على أقصر مدة الجمل وهي الستة أشهر أعني ان يولد المولود لستة
 أشهر من وقت الدخول أو أمكانه لا من وقت العقد وشذ أبو حنيفة فقال من وقت العقد وان علم
 ان الدخول غير ممكن حتى انه ان تزوج عنده رجل بالمغرب الأقصى امرأة بالمشرق الأقصى فجاءت بولد
 لرأس ستة أشهر من وقت العقد انه يلحق به الا أن ينفيه بلعان وهو في هذه المسئلة ظاهري محض
 لأنه انما اعتقد في ذلك عموم قوله عليه الصلاة والسلام الولد للفرش وهذه المرأة قد صارت فرسالة بالعقد
 فكانه رأى ان هذه عبادة غير معلة وهذا شيء ضعيف واختلف قول مالك من هذا الباب في فرع
 وهو انه اذا ادعى انها زنت واعترف بالجمل فعنه في ذلك ثلاث روايات احداها انه يحد ويلحق به الولد
 ولا يلاعن والثانية انه يلاعن وينفي الولد والثالثة انه يلحق به الولد ولاعن ليدرا الحد عن نفسه
 وسبب الخلاف هل يلتفت الى اثباته مع موجب نفيه وهو دعواه الزنا واختلفوا ايضا من هذا الباب
 في فرع وهو اذا أقام الشهود على الزنا هل له ان يلاعن أم لا فقال أبو حنيفة ودأود لا يلاعن لأن اللعان
 انما جعل عوض الشهود لقوله تعالى (والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهود الا أنفسهم) الآية
 وقال مالك والشافعي يلاعن لأن الشهود لا تأيبرهم في دفع الفرش

﴿ الفصل الثاني ﴾

وأما صفة التلاعنين فان قوما قالوا يجوز اللعان بين كل زوجين حرين كانا أو عبيدين أو أحدهما حر والآخر
 عبد محدودين كانا أو عديلين أو أحدهما مسلمان كانا أو كان الزوج مسلما والزوجة كاثية ولا لعان بين
 كافرين الا أن يترافعا لينا وعن قال بهذا القول مالك والشافعي وقال أبو حنيفة وأصحابه لا لعان الا بين
 مسلمين حرين عديلين وبالجملة فاللعان عندهم انما يجوز لمن كان من أهل الشهادة وحجة أصحاب القول
 الأول عموم قوله تعالى (والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهود الا أنفسهم) ولم يشترط في ذلك
 شرطا ومعقد الحنفية أن اللعان شهادة فيشترط فيها ما يشترط في الشهادة اذ قد ساء الله شهادته لقوله
 (فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله) ويقولون انه لا يكون لعان الا بين من يجب عليه الحد في القذف
 الواقع بينهما وقد اتفقوا على ان العبد لا يحد بقذفه وكذلك الكافر فشهوا من يجب عليه اللعان بمن يجب
 في قذفه الحد اذ كان اللعان انما وضع لرد الحد مع نفي النسب وربما احتجوا بما روي عمرو بن شعيب
 عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا لعان بين أربعة العبدن والكافرين والجمهور

يرون أنه يمين وإن كان يسمى شهادة فإن أحد الاشهد لنفسه وأمان الشهادة قد يعبر عنها باليمين فذلك بين في قوله تعالى (إذا جاءك المنافقون قالوا) الآية ثم قال (اتخذوا أيمانكم جواز لعان الاعمي واختلفوا في الآخرس فقال مالك والشافعي يلاعن الآخرس إذا فهم عنه وقال أبو حنيفة يلاعن لأنه ليس من أهل الشهادة وأجمعوا على أن من شرطه العقل والبلوغ

﴿ الفصل الثالث ﴾

فأما صفة اللعان فمقتاربة عند جمهور العلماء وليس بينهم في ذلك كبير خلاف وذلك على ظاهر ما تقتضيه ألفاظ الآية فيحلف الزوج أربع شهادات بالله لقد رأيتني وإن ذلك الجل ليس مني ويقول في الخامسة لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين ثم تشهد هي أربع شهادات بنقيض ما شهد به هو ثم تخمس بالغضب هذا كله متفق عليه واختلف الناس هل يجوز أن يبدل مكان اللعنة الغضب ومكان الغضب اللعنة ومكان أشهاد أقسم ومكان قوله بالله غيره من أسماؤه والجمهور على أنه لا يجوز من ذلك الامتناع عليه من هذه الألفاظ أصله عند الشهادات وأجمعوا على أن من شرط صحته أن يكون بحكم حاكم

﴿ الفصل الرابع ﴾

فأما إذا نكل الزوج فقال الجمهور أنه يحد وقال أبو حنيفة أنه لا يحد ويجبس وجة الجمهور عموم قوله تعالى (والذين يرمون المحصنات) الآية وهذا عام في الاجنبي والزوجة وقد جعل اللعان للزوج مقام الشهود فوجب إذا نكل أن يكون بمنزلة من قذف ولم يكن له شهود أعني أنه يحد وما جاء أيضاً من حديث ابن عمر وغيره في قصة العجلاني من قوله عليه الصلاة والسلام إن قتلت قتلت وإن نطقت جلدت وإن سكنت سكنت على غيظ واحتج الفريق الثاني بأن آية اللعان لم تنه عن إيجاب الحد عليه عند النكول والتعريض لا يجابه زيادة في النص والزيادة عندهم نسخ والنسخ لا يجوز بالقياس ولا باخبار الأحاد قالوا أيضاً لو وجب الحد لم ينفعه اللعان ولا كان له تأثير في إسقاطه لأن اللعان يمين فلم يسقط به الحد عن الاجنبي فكذلك الزوج والحق أن اللعان يمين مخصوصة فوجب أن يكون لها حكم مخصوص وقد نص على المرأة أن اليمين يدركها العذاب فالكلام فيها هو العذاب الذي ينسرى عنها باليمين وللإشترار الذي في اسم العذاب اختلفوا أيضاً في الواجب عليها إذا نكحت فقال الشافعي ومالك وأحمد والجمهور أنها يحد وحدها الرجم إن كان دخل بها ووجدت فيها شروط الاحصان وإن لم يكن دخل بها فجلد وقال أبو حنيفة إذا نكلت وجب عليها الحبس حتى تلعن ويحتمل قوله عليه الصلاة والسلام لا يحد دم امرئ مسلم إلا بحدى ثلاث زنا بعد احصان أو كفر بعد إيمان أو قتل نفس بغير نفس وأيضاً فإن سفك الدم بالنكول حكم ترده الأصول فإنه إذا كان كثير من الفقهاء لا يوجبون غرم المال بالنكول فكان بالحرى أن لا يجب بذلك سفك الدماء وبالجملة فتقاعدة النساء مبناها في الشرع على أنها لا تراق بالابينة العادلة أو بالاعتراف ومن الواجب لأخصص هذه القاعدة بالاسم المشترك فأبو حنيفة في هذه المسئلة أولى بالصواب إن شاء الله وقد اعترف أبو المعالي في كتابه البرهان بقوة أبي حنيفة في هذه المسئلة وهو شافعي وافقوا على أنه إذا أ كذب نفسه حد والحق به الولدان كان نفي ولدا واختلفوا هل له أن يراجعها بعد اتفاق جمهورهم على أن الفرقة تجب باللعان أما بنفسه وأما بحكم حاكم على ما نقوله بعد فقال مالك والشافعي والثوري ودأود وأحمد وجمهور

فقهاء الامصار انهما لا يجتمعان أبدا وان كذب نفسه وقال أبو حنيفة وجاعة اذا أ كذب نفسه جلد الحقة. وكان خاطبا من الخطاب وقد قال قوم ترد اليه امرأ ته وحجة الفريق الأول قول رسول الله صلى الله عليه وسلم لا سبيل لك عليهما ولم يستثن فأطلق التحريم وحجة الفريق الثاني انه اذا أ كذب نفسه فقد بطل حكم اللعان فكما يلحق به الولد كذلك ترد المرأة عليه وذلك ان السبب الموجب للتحريم انما هو الجهل بتعيين صدق أحدهما مع القطع بان أحدهما كاذب فاذا انكشف ارتفع التحريم.

﴿ الفصل الخامس ﴾

فأما موجبات اللعان فإن العلماء اختلفوا من ذلك في مسائل منها هل تجب الفرقة أم لا وان وجبت فمتى تجب وهل تجب بنفس اللعان أم بحكم حاكم واذا وقعت فهل هي طلاق أو فسخ فذهب الجمهور الى أن الفرقة تقع باللعان لما اشتهر في ذلك في أحاديث اللعان من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم فرق بينهما وقال ابن شهاب فبارواه مالك عنه فكانت تلك سنة المتلاعنين لقوله صلى الله عليه وسلم لا سبيل لك عليها وقال عثمان البتي وطائفة من أهل البصرة لا يعقب اللعان فرقة واحتجوا بان ذلك حكم لم تتضمنه آية اللعان ولا هو صريح في الاحاديث لأن في الحديث المشهور انه طلقها بحضرة النبي صلى الله عليه وسلم فلم ينكر ذلك عليه وأيضا فإن اللعان انما شرع للمرأة حد الفنف فلم يوجب تحريما تشبيها بالينة وحجة الجمهور انه قد وقع بينهما من التقاطع والتباغض والتهاثر وباطال حدود الله ما وجب أن لا يجتمعا بعدها أبدا وذلك ان الزوجة مبنها على المودة والرحمة وهؤلاء قد عسوا ذلك كل العدم ولا أقل من أن تكون عقوبتهما الفرقة وبالجملة فالقبح الذي بينهما غاية القبح وأما متى تقع الفرقة فقال مالك والليث وجاعة انهما تقع اذا فرغاجيما من اللعان وقال الشافعي اذا أكل الزوج لعانه وقعت الفرقة وقال أبو حنيفة لا تقع الا بحكم حاكم وبه قال الثوري وأحمد وحجة مالك على الشافعي حديث ابن عمر قال فرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بين المتلاعنين وقال حسابكما على الله أحدكما كاذب لا سبيل لك عليها وما روى انه لم يفرق بينهما الا بعد تمام اللعان وحجة الشافعي ان لعانتهما انما يدرباه الحد عن نفسها فقط ولعان الرجل هو المؤثر في نفى النسب فوجب ان كان للعان تأثير في الفرقة ان يكون لعان الرجل تشبيها بالطلاق وتجهتاجيما على أبي حنيفة أن النبي صلى الله عليه وسلم أخبرهما بوقوع الفرقة عند وقوع اللعان منهما فدل ذلك على ان اللعان هو سبب الفرقة وأما أبو حنيفة فيرى ان الفراق انما انفذ بينهما بحكمه وأمره صلى الله عليه وسلم بذلك حين قال لا سبيل لك عليها فرائى ان حكمه شرط في وقوع الفرقة كما أن حكمه شرط في صحة اللعان فسبب الخلاف بين من رأى انه تقع به فرقة وبين من لم يرد ذلك أن تقرير النبي صلى الله عليه وسلم بينهما ليس هو بينا في الحديث المشهور لأنه بدر بن نفسه فطلق قبل ان يجزبه بوجوب الفرقة والأصل ان لافرقه الا بطلاق وان لم يشرع في الشرع تحريم يتأبد أعني متيقنا عليه فمن غلب هذا الأصل على المفهوم لاحتماله نفى وجوب الفرقة (٧) قال بإيجازها وأما سبب اختلاف من اشترط حكم الحاكم أولم يشترطه فتردد هذا الحكم بين ان يغلب عليه شبه الاحكام التي يشترط في صحتها حكم الحاكم أو التي لا يشترط ذلك فيها وأما المسئلة الرابعة وهي اذا قلنا

ان الفرقة تقع فهل ذلك فسخ أو طلاق قالت القائلين بالفرقة اختلفوا في ذلك فقال مالك والشافعي هو فسخ وقال أبو حنيفة هو طلاق بأن وجهه مالك تأييد التحريم به فاشبه ذات المحرم وأما أبو حنيفة فشبها بالطلاق قياسا على فرقة العنين اذ كانت عنده بمحكم حاكم

✽ كتاب الاحداد ✽

أجمع المسلمون على ان الاحداد واجب على النساء الحرائر المسلمات في عدة الوفاة الاحسن وحده واختلفوا فيما سوى ذلك من الزوجات وفيما سوى عدة الوفاة وفيما تمتنع الحادة منه مما لا تمتنع فقال مالك الاحداد على المسلمة والكأية والصغيرة والكيرة وأما الامة يموت عنها سيدها سواء كانت أم ولد أو لم تكن فلا احداد عليها عنده وبه قال فقهاء الامصار وخالف قول مالك المشهور في الكأية ابن نافع وأشهب ورواه عن مالك وبه قال الشافعي أعني انه لا احداد على الكأية وقال أبو حنيفة ليس على الصغيرة ولا على الكأية احداد وقال قوم ليس على الامة المزوجة احداد وقد حكى ذلك عن أبي حنيفة فهذا هو اختلافهم المشهور فممن عليه احداد من أصناف الزوجات ممن ليس عليه احداد وأما اختلافهم من قبل العدد فان مالك قال لا احداد الا في عدة الوفاة وقال أبو حنيفة والثوري الاحداد في العدة من الطلاق البائن واجب وأما الشافعي فاستحسنه للطلقة ولم يوجبه وأما الفصل الثالث وهو ما تمتنع الحادة منه مما لا تمتنع عنه فانها تمتنع عند الفقهاء بالجلعة من الزينة الداعية الرجال الى النساء وذلك كالخلى والكحل الامام تكرر فيه زينة ولباس الثياب المبسوغة الا لسواد فانه لم يكره مالك له لبس السواد ورخص كلهم في الكحل عند الضرورة فبعضهم اشترط فيه نالم يكن فيه زينة وبعضهم لم يشترطه وبعضهم اشترط جعله بالليل دون النهار والجلعة فأقول الفقهاء فيما يجتنب الحادة متقاربة وذلك ما يحرك الرجال بالجلعة اليهن وانما صار الجهور لا يجاب الاحداد في الجلعة لثبوت السنة بذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فنها حديث أم سلمة زوج النبي عليه الصلاة والسلام ان امرأة جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ان ابنتي توفي عنها زوجها وقد اشتكت عينيها أفكتكحلها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا امرئين أو ثلاثا كل ذلك يقول له الا تم قال انما هي أربعة أشهر وعشر وقد كانت احدا كن ترى بالبعرة على رأس الحول وقال أبو محمد فعلى هذا الحديث يجب التعويل على القول بايجاب الاحداد وأما حديث أم حبيبة حين دعت بالطيب فمسحت به عارضها ثم قالت والله مالي به من حاجة غير اني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا يحل لامرأة مؤمنة تؤمن بالله واليوم الآخر تمح على ميت فوق ثلاث ليال الا على زوج أربعة أشهر وعشر افليس فيه حجة لأنه استثناء من حظر فهو يقتضي الاباحة دون الايجاب وكذلك حديث زينب بنت جحش قال القاضي وفي الأمر اذا ورد بعد الخطر خلاف بين المتكلمين أعني هل يقتضي الوجوب أو الاباحة وسبب اختلاف بين من أوجب على المسلمة دون الكافرة ان من رأى ان الإحداد عبادة لم يازمه الكافرة ومن رأى انه معنى معقول وهو تشوف الرجال اليها وهي الى الرجال سوى بين الكافرة والمسلمة ومن راحي تشوف الرجال دون تشوف النساء فرق بين الصغيرة والكيرة اذا كانت الصغيرة لا يتشوف الرجال اليها ومن حجة من أوجب على المسلمات دون الكافرات قوله عليه الصلاة والسلام لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر ان تمح الا على زوج

قال وبشرطه الايمان في الاحداد يقتضى انه عبادة وأما من فرق بين الامة والحرية وكذلك الكفاية فلانه زعم ان عدة الوفاة أوجبت شيئين باتفاق احدهما الاحداد والثاني ترك الخروج فلما سقط ترك الخروج عن الامة بنزولها والحاجة الى استعمالها سقط عنها منع الزينة وأما اختلافهم في المبكيات فمن قبل ترددها بين الحرية والامة وأما الامة بملك العيّن وأم الوليد فأما صار الجمهور الى اسقاط الاحداد عنها لقوله عليه الصلاة والسلام لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد الأعلى زوج فعلم بدليل الخطاب ان من عدا ذات الزوج لا يجب عليها احداد ومن أوجب على المتوفى عنها زوجها دون المطلقة فتعلق بالظاهر المنطوق به ومن ألحق المطلقات بهن فمن طريق المعنى وذلك انه يظهر من معنى الاحداد ان المقصود به أن لا تتشوف اليها الرجال في العدة ولا تتشوف هي اليهم وذلك سد للثريعة لمكان حفظ الانساب والله أعلم بكل كتاب الطلاق والحد لله على آلائه والشكر على نعمه ويتاوه كتاب البيوع ان شاء الله تعالى

﴿ كتاب البيوع ﴾

الكلام في البيوع ينحصر في خمس جل في معرفة أنواعها وفي معرفة شروط الصحة في واحد واحد منها وفي معرفة شروط الفساد وفي معرفة أحكام البيوع الصحيحة وفي معرفة أحكام البيوع الفاسدة فنحن نذكر أنواع البيوع المطلقة ثم نذكر شروط الفساد والصحة في واحد واحد منها وأحكام بيوع الصحة وأحكام البيوع الفاسدة ولما كانت أسباب الفساد والصحة في البيوع منها عامة لجميع أنواع البيوع أولاكثرها ومنها خاصة وكذلك الامر في أحكام الصحة والفساد اقتضى النظر الصناعي ان نذكر المشترك من هذه الاصناف الاربعة أعني العام من أسباب الفساد وأسباب الصحة وأحكام الصحة وأحكام الفساد لجميع البيوع ثم نذكر أخص من هذه الاربعة بواحد واحد من البيوع فينقسم هذا الكتاب باضطرار الى ستة أجزاء الجزء الاول تعرف فيه أنواع البيوع المطلقة الثاني تعرف فيه أسباب الفساد العامة في البيوع المطلقة أيضا أعني في كلها أو أكثرها اذا كانت أعرف من أسباب الصحة الثالث تعرف فيه أسباب الصحة في البيوع المطلقة أيضا الرابع نذكر فيه أحكام البيوع الصحيحة أعني الاحكام المشتركة لكل البيوع الصحيحة أولاكثرها الخامس نذكر فيه أحكام البيوع الفاسدة المشتركة أعني اذا وقعت السادس نذكر فيه نوعا نوعا من البيوع بما يخصه من الصحة والفساد وأحكامهما (الجزء الاول) ان كل معاملة وجبت بين اثنين فلا يتحلى أن تكون عينابعين أو عيناً بشئ في الذمة أو ذمة بذمة وكل واحد من هذه الثلاث امانسيته وامانجز وكل واحد من هذه أيضا امانا جز من الطرفين وامانسيته من الطرفين وامانجز من الطرف الواحد نسبيته من الطرف الآخر فتكون أنواع البيوع تسعة فأما النسبيته من الطرفين فلا يجوز باجتماع العيّن ولا في الذمة لانه الدين بالدين انتهى عنه وأسماء هذه البيوع منها ما يكون من قبل صفة العقد وحال العقد ومنها ما يكون من قبل صفة العين المبيعة وذلك انها اذا كانت عينابعين فلا يتحلى أن تكون ثمننا بمشئ أو ثمننا بمشئ فان كانت ثمننا بمشئ سمي صرفا وان كانت ثمننا بمشئ سمي بيعا مطلقا وكذلك مشئونا بمشئ على الشروط التي يقال بعد وان كان عينابذمة سمي سلما وان كان على الخيار سمي بيع خيار وان كان على المراجعة سمي بيع مراجعة وان كان على الزيادة سمي بيع من ايدة (الجزء الثاني)

واذا اعتبرت الاسباب التي من قبلها ورد النهي الشرعي في البيوع وهي أسباب الفساد العامة وجدت أربعة أحدها تحريم عين المبيع والثاني الربا والثالث الغرر والرابع الشروط التي تؤل الى أحد هذين أو مجموعهما وهذه الاربعة هي بالحقيقة أصول الفساد وذلك ان النهي انما يتعلق فيها بالمبيع من جهة ما هو يبيع لالامر من خارج وأما التي ورد النهي فيها لاسباب من خارج فيها الغش ومنها الضرر ومنها كان الوقت المستحق بما هو أهم منه ومنها لانها محرمة البيع في هذا الجزء أبواب

❦ الباب الاول في الاعيان المحرمة البيع ❦

وهذه على ضربين نجاسات وغير نجاسات فأما بيع النجاسات فالاصل في تحريمها حديث جابر ثبت في الصحيحين قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الله ورسوله حرم ما بيع الخمر والميتة والخنزير والاصنام فقيل يا رسول الله أ رأيت شعور الميتة فانه يطلى بها السفن ويستصبح بها فقال لعن الله اليهود حرمت الشعوب عليهم فباغوها وأكلوا أثمانها وقال في الخمر ان الذي حرم شر بها حرم بيعها والنجاسات على ضربين ضرب اتفق المسلمون على تحريم بيعها وهي الخمر وانها نجسة الاخلاقا شاذا في الخمر أعني في كونها نجسة والميتة بجميع اجزائها التي تقبل الحياة وكذلك الخنزير بجميع اجزائه التي تقبل الحياة واختلف في الاتفاح بشعره فأجازه ابن القاسم ومنعه أصبغ وأما القسم الثاني وهي النجاسات التي تدعو الضرورة الى استعمالها كالرجيع والزبل الذي يتخذ في البساتين فاختلف في بيعها في المذهب فقيل بمنعها مطلقا وقيل باجازتها مطلقا وقيل بالفرق بين العذرة والزبل أعني اباحة الزبل ومنع العذرة واختلفوا فيما يتخذ من أنياب الفيل لاختلافهم هل هو نجس أم لا فمن رأى انه نابت جعله ميتة ومن رأى انه قرن مع كوس جعل حكمه حكم القرن واختلف فيه في المذهب وأما ما حرم بيعه مما ليس بنجس أو يختلف في نجاسته فيها الكلب والسنور أما الكلب فاختلفوا في بيعه فقال الشافعي لا يجوز بيع الكلب أصلا وقال أبو حنيفة يجوز ذلك وفرق أصحاب مالك بين كلب المشاة والزرع المأذون في اتخاذه وبين ما لا يجوز اتخاذه فاتفقوا على أن ما لا يجوز اتخاذه لا يجوز بيعه للاتفاح به أو مسكه فأما من أراد له لا كل فاختلفوا فيه فمن أجاز أكله أجاز بيعه ومن لم يجزه على رواية ابن حبيب لم يجز بيعه واختلفوا أيضا في المأذون في اتخاذه فقيل هو حرام وقيل مكروه فأما الشافعي فعمدته شيئان أحدهما ثبوت النهي الوارد عن ثمن الكلب عن النبي صلى الله عليه وسلم والثاني أن الكلب عنده نجس العين كالخنزير وقد ذكرنا دليله في ذلك في كتاب الطهارة وأما من أجاز بيعه فعمدته أنه طاهر العين غير محرم الا كل فجاز بيعه كالاشياء الطاهرة العين وقد تقدم أيضا في كتاب الطهارة استدلال من رأى انه طاهر العين وفي كتاب الاطعمة استدلال من رأى انه حلال ومن فرق أيضا فعمدته أنه غير مباح الا كل ولا مباح الاتفاح به الا ما استثناه الحديث من كلب المشاة أو كلب الزرع وفي معنى رويت أحاديث غير مشهورة اقرن فيها بالنهي عن ثمن الكلب استثناء أثمان الكلاب المباحة الاتخاذ وأما النهي عن ثمن السنور فنابت ولكن الجمهور على اباحتها لانه طاهر العين مباح المتافع فسبب اختلافهم في الكلاب تعارض الأدلة ومن هذا الباب اختلافهم في بيع الزيت النجس وما ضارعه بعد اتفاحهم على تحريم أكله فقال مالك لا يجوز بيع الزيت النجس وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة يجوز

إذا بين وبه قال ابن وهب من أصحاب مالك وحجة من حرمه حديث جابر المتقدم أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام الفتح يقول إن الله ورسوله حرم الخمر والميتة والخنزير وعمدة من أجازها أنه إذا كان في الشيء أكثر من منفعة واحدة وحرم منه واحدة من تلك المنافع أنه ليس يلزمه أن يحرم منه سائر المنافع ولا سيما إذا كانت الحاجة إلى المنفعة غير المحرمة كالحاجة إلى الحرمة فإذا كان الأصل هذا يخرج منه الخمر والميتة والخنزير وبقيت سائر محرمات الكل على الإباحة أعني أنه إن كان فيها منافع سوى الاكل فبيعت لهذا جاز ورووا عن علي وابن عباس وابن عمر أنهم أجازوا بيع الزيت النجس ليستصحب به وفي مذهب مالك جواز الاستصباح به وعمل الصابون مع تحريم بيعه وأجاز ذلك الشافعي أيضاً مع تحريم ثمنه وهذا كله ضعيف وقد قيل إن في المذهب رواية أخرى تمنع الاستصباح به وهو ألزم للأصل أعني لتحريم البيع واختلف أيضاً في المذهب في غسله وطبخه هل هو مؤثر في عين النجاسة ومزيل لها على قولين أحدهما جواز ذلك والآخر منعه وهما مبنيان على أن الزيت إذا خالطته النجاسة هل نجاسته نجاسة عين أو نجاسة مجاورة فنراه نجاسة مجاورة طهره عنده الغسل والطبخ ومن وآمنه نجاسة عين لم يطهره عنده الطبخ والغسل ومن مسائلهم المشهورة في هذا الباب اختلافهم في جواز بيع لبن آدمية إذا حلب فمالك والشافعي يجوزانه وأبو حنيفة لا يجوزونه وعمدة من أجاز بيعه أنه لبن أبيض شربه فأبيح بيعه قياساً على لبن سائر الأنعام وأبو حنيفة يرى أن تحليله إنما هو لمكان ضرورة الطفل إليه وأنه في الأصل محرم إذ لحم ابن آدم محرم والأصل عندهم أن اللبن تابع له لحم فقالوا في قياسهم هكذا الإنسان حيوان لا يؤكل لحمه فلم يجز بيع لبنه أصله لبن الخنزير والآن فسبب اختلافهم في هذا الباب تعارض أقضية الشبه وفروع هذا الباب كثيرة وإنما ذكر من المسائل في كل باب المشهور ليجري ذلك مجرى الأصول

﴿ الباب الثاني في بيع الربا ﴾

واتفق العلماء على أن الربا يوجد في شيئين في البيع وفيما تقرر في النسيئة من بيع أو سلف أو غير ذلك فأما الربا فيما تقرر في النسيئة فهو صنفان صنف متفق عليه وهو ربا الجاهلية الذي نهى عنه وذلك أنهم كانوا يسلفون بالزاد وينظرون فكانوا يقولون انظري أزدك وهذا هو الذي عناه عليه الصلوة والسلام بقوله في حجة الوداع ألا وإن ربا الجاهلية موضوع وأول ربا أضاعه بالعباس بن عبد المطلب والثاني ضاع وتبطل وهو مختلف فيه وسند كره بعد وأما الربا في البيع فإن العلماء أجروا على أنه صنفان نسيئة وتفاضل الأمازوي عن ابن عباس من أنكاره الربا في التفاضل لما رواه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا ربا في النسيئة وإنما صار جمهور الفقهاء إلى أن الربا في هذين النوعين لثبوت ذلك عنه صلى الله عليه وسلم والكلام في الربا ينحصر في أربعة فصول الفصل الأول في معرفة الأشياء التي لا يجوز فيها التفاضل ولا يجوز فيها النساء وتبين على ذلك الثاني في معرفة الأشياء التي يجوز فيها التفاضل ولا يجوز فيها النساء الثالث في معرفة ما يجوز فيه الأمران جميعاً الرابع في معرفة ما يعد صنفاً واحداً مما لا يعد صنفاً واحداً

﴿ الفصل الأول ﴾

فنعول أجمع العلماء على أن التفاضل والنساء مما لا يجوز واحد منهما في الصنف الواحد من الأصناف

التي نص عليها في حديث عبادة بن الصامت الاما حكي عن ابن عباس وحديث عبادة هو قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى عن بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والمخ بالمخ الاسواء بسواء عينابعين فمن زاد أو ازاد فقد أربى فهذا الحديث نص في منع التفاضل في الصنف الواحد من هذه الاعيان وأما منع النسبة فيها فثبت من غير ما حديث أشهرها حديث عمر بن الخطاب قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب والاهاء وهاء والبر بالبر والاهاء وهاء والتمر بالتمر والاهاء وهاء والشعير بالشعير والاهاء وهاء فتضمن حديث عبادة منع التفاضل في الصنف الواحد وتضمن أيضا حديث عبادة منع النساء في الصنفين من هذه واباحة التفاضل وذلك في بعض الروايات الصحيحة وذلك أن فيها بعد ذكره منع التفاضل في تلك الستة ويبيعوا الذهب بالورق كيف شئتم يدايد والبر بالشعير كيف شئتم يدايد وهذا كله متفق عليه من الفقهاء الا البر بالشعير واختلفوا فيما سوى هذه الستة المنصوص عليها فقال قوم منهم أهل الظاهر أنما يمنع التفاضل في صنف صنف من هذه الاصناف الستة فقط وأن ما عداها لا يمنع في الصنف الواحد منها التفاضل وقال هؤلاء أيضا ان النساء ممنوع في هذه الستة فقط اتفقت الاصناف أو اختلفت وهذا أمر متفق عليه أعني امتناع النساء فيها مع اختلاف الاصناف الاما حكي عن ابن علية انه قال اذا اختلف الصنفان جاز التفاضل والنسبة ما عدا الذهب والفضة فهو لا جعوا النهي المتعلق باعيان هذه الستة من باب الخاص أريد به الخاص وأما الجمهور من فقهاء الامصار فانهم اتفقوا على انه من باب الخاص أريد به العام واختلفوا في المعنى العام الذي وقع التنبيه عليه بهذه الاصناف أعني في مفهوم علة التفاضل ومنع النساء فيها فالذي استقر عليه حداق المالكية أن سبب منع التفاضل أمانة الاربعة فالصنف الواحد من المدخر المقتات وقد قيل الصنف الواحد المدخر وان لم يكن مقتاتا ومن شرط الادخار عندهم أن يكون في الاكثر وقال بعض أصحابه البر في الصنف المدخر وان كان نادر الادخار وأما العلة عندهم في منع التفاضل في الذهب والفضة فهو الصنف الواحد أيضا مع كونهما رؤسا للاثمان وقيا للتلقات وهذه العلة هي التي تعرف عندهم بالقاصرة لانها ليست موجودة عندهم في غير الذهب والفضة وأما علة منع النساء عند المالكية في الاربعة المنصوص عليها فهو الطعم والادخار دون اتفاق الصنف ولذلك اذا اختلفت أصنافها جاز عندهم التفاضل دون النسبة ولذلك يجوز التفاضل عندهم في المطعومات التي ليست مدخرة أعني في الصنف الواحد منها ولا يجوز النساء أما جواز التفاضل فلكونهما ليست مدخرة وقد قيل ان الادخار شرط في تحريم التفاضل في الصنف الواحد وأما منع النساء فيها فلكونهما مطعومة مدخرة وقد قلنا ان الطعم باطلاق علة لمنع النساء في المطعومات وأما الشافعية فعلة منع التفاضل عندهم في هذه الاربعة هو الطعم فقط مع اتفاق الصنف الواحد وأما علة النساء فالطعم دون اعتبار الصنف مثل قول مالك وأما الحنفية فعلة منع التفاضل عندهم في هذه الستة واحدة وهو الكيل أو الوزن مع اتفاق الصنف وعلة النساء فيها اختلاف الصنف ما عدا النحاس والذهب فان الاجماع انعقد على انه يجوز فيها النساء ووافق الشافعي مالكا في علة منع التفاضل والنساء في الذهب والفضة أعني أن كونهما رؤسا للاثمان وقيا للتلقات هو عندهم علة منع النسبة اذا اختلف الصنف فاذا اتفقا منع التفاضل والحنفية تعتبر في المكيل قدرا يتأني

فيه الكيل وسيا في أحكام الدنانير والدرهم بما يخصها في كتاب الصرف وأما هنا فالمقصود هو تعيين مذاهب الفقهاء في علل الرب بالطلق في هذه الاشياء وذكر عدة دليل كل فريق منهم فنقول ان الذين قصر واصنف الربا على هذه الاصناف الستة فهم أحصنهم أما قوم نقوا القياس في الشرع أعنى استنباط العلل من الالفاظ وهم الظاهرية وأما قوم نقوا قياس الشبه وذلك أن جميع من ألحق المسكوت ههنا بالمنطوق به فائماً لحقه بقياس الشبه لا بقياس العلة إلا ما حكى عن ابن الماجشون أنه اعتبر في ذلك المالية وقال علة منع الربا إنما هي حياطة الاموال بربد منع العين وأما القاضي أبو بكر الباقلاني فلما كان قياس الشبه عنده ضعيفاً وكان قياس المعنى عنده أقوى منه اعتبر في هذا الموضوع قياس المعنى إذ لم يتأت له قياس علة فالخى الزيب فقط بهذه الاصناف الاربعة لأنه زعم أنه في معنى القمر ولكل واحد من هؤلاء أعنى من القائمين دليل في استنباط الشبه الذي اعتبره في الخلق المسكوت عنه بالمنطوق به من هذه الاربعة أما الشافعية فانهم قالوا في تثبيت علة الشبهية ان الحكم اذا علق باسم مشتق دل على ان ذلك المعنى الذي اشتق منه الاسم هو علة الحكم مثل قوله تعالى (والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما) فلما علق الحكم بالاسم المشتق وهو السارق علم ان الحكم متعلق بنفس السرقة قالوا وإذا كان هذا هكذا وكان قد جاء من حديث سعيد بن عبد الله أنه قال كنت أسمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الطعام بالطعام مثلاً بمثل فمن البين ان الطعام هو الذي علق به الحكم وأما المالكية فانهم اوردت على الطعم اما صفة واحدة وهو الادخار على ما في الموطأ واما صفتين وهو الادخار والاقتيات على ما اختاره البغداديون وتمسكت في استنباط هذه العلة بأنه لو كان المقصود الطعم وحده لا كفى بالتنبيه على ذلك بالنص على واحد من تلك الاربعة الاصناف المذكورة فلماذا كرمها عدداً علم أنه قصد بكل واحد منها التنبيه على ما في معناه وهي كلها مجتمعة الاقتيات والادخار أما البر والشعر فنبه بهما على أصناف الحبوب المدخرة ونبه بالقمر على جميع أنواع الخلوات المدخرة كالسكر والعسل والزبيب ونبه بالمح على جميع التوابل المدخرة لاصلاح الطعام وأيضاً فانهم قالوا لما كان معقول المعنى في الربا إنما هو أن لا يغيب بعض الناس بعضاً وإن تحفظ أموالهم فواجب أن يكون ذلك في أصول المعاش وهي الاقوات وأما الخفية فعمدتهم في اعتبار المكيل والموزون أنه صلى الله عليه وسلم لما علق التحليل باتفاق الصنف واتفاق القدر وعلق التحريم باتفاق الصنف واختلاف القدر في قوله صلى الله عليه وسلم لعامله بخير من حديث أبي سعيد وغيره الا كيلاً بكيل يدايد رأوا أن التقدير أعنى الكيل أو الوزن هو المؤثر في الحكم كتأثير الصنف وربما احتجوا بالحديث ليست مشهورة فيها تنبيه قوى على اعتبار الكيل أو الوزن منها أنهم روي في بعض الاحاديث التضمنة المسميات المنصوص عليها في حديث عبادة زيادة وهي كذلك ما يكال ويوزن وفي بعضها وكذلك المكيل والميزان هذا نص لوجه الحديث ولكن اذا تأمل الامر من طريق المعنى ظهر والله أعلم ان علة أولى العلل وذلك أنه يظهر من الشرع أن المقصود بتحريم الربا إنما هو لكان الغبن الكثير الذي فيه وان العدل في المعاملات إنما هو بمقاربة التساوي ولذلك لما عسر ادراك التساوي في الاشياء المختلفة الثروات جعل الدينار والدرهم لتقويمها أعنى تقديرها ولما كانت الاشياء المختلفة الثروات أعنى غير الموزونة والمكيلة العدل فيها إنما هو في وجود النسبة أعنى أن تكون نسبة قيمة أحد الشئتين الى

جنسه نسبة قمية الشيء الآخر الى جنسه مثال ذلك أن العدل اذا باع انسان فرسا بثياب هو أن تكون نسبة قمية ذلك الفرس الى الافراس هي نسبة قمية ذلك الثوب الى الثياب فان كان ذلك الفرس قيمته خمسون فيجب أن تكون تلك الثياب قيمتها خمسون فليكن مثلا الذي يساوى هذا الفرس عددها هو عشرة أثواب فاذا اختلف هذه المبيعات بعضها ببعض في العدد واجب في المعاملة العادلة أعني أن يكون عدل فرس عشرة أثواب في المثل وأما الاشياء المكيلة والموزونة فلما كانت ليست تختلف كل الاختلاف وكانت منافعها متقاربة ولم تكن حاجة ضرورية لمن كان عنده منها صنف أن يستبدله بذلك الصنف بعينه الاعلى جهة السرف كان العدل في هذه انما هو بوجود التساوى في الكيل والوزن اذ كانت لا تتفاوت في المنافع وأيضا فان منع التفاضل في هذه الاشياء يوجب ان يقع فيها تعامل لكون منافعها غير مختلفة والتعامل انما يضطر اليه في المنافع المختلفة فاذا منع التفاضل في هذه الاشياء أعني المكيلة والموزونة علمنا ان احدهما وجود العدل فيها والثاني منع المعاملة اذ كانت المعاملة بها من باب السرف وأما الدينار والدرهم فعلة المنع فيها أظهر اذ كانت هذه ليس المقصود منها الربح وانما المقصود بها تقدير الاشياء التي لها منافع ضرورية وروى مالك عن سعيد بن المسيب انه كان يعتبر في علة الربا في هذه الاصناف الكيل والطم وهو معنى جيد لكون الطم ضروريا في أقوات الناس فانه يشبه أن يكون حفظ العين وحفظ السرف فيها هوقوت أهم منه فيما ليس هوقوتا وقدرى عن بعض التابعين أنه اعتبر في الربا الاجناس التي تجب فيها الزكاة وعن بعضهم الانتفاع مطلقا أعني المالية وهو مذهب ابن الماجشون

﴿ الفصل الثاني ﴾

فيجب من هذا أن تكون علة امتناع النسبة في الربويات هي الطم عند مالك والشافعي وأما في غير الربويات بما ليس مطعوم فان علة منع النسبة فيه عند مالك هو الصنف الواحد المتفق المنافع مع التفاضل وليس عند الشافعي نسبة في غير الربويات وأما أبو حنيفة فعلة منع النساء عنده هو الكيل في الربويات وفي غير الربويات الصنف الواحد متفاضلا كان أو غير متفاضل وقد يظهر من ابن القاسم عن مالك انه يمنع النسبة في هذه لانه عنده من باب السلف الذي يحجر منفعته

﴿ الفصل الثالث ﴾

وأما ما يجوز فيه الأمر ان جميعا أعني التفاضل والنساء فالحال يمكن روبا عند الشافعي وأما عند مالك فالحال يمكن روبا ولا كان صنفوا واحدا متماثلا أو صنفوا واحدا باطلاق على مذهب أبي حنيفة ومالك يعتبر في الصنف المؤثر في التفاضل في الربويات وفي النساء في غير الربويات اتفاق المنافع واختلافها فاذا اختلف جعلها صنفين وان كان الاسم واحدا وأبو حنيفة يعتبر الاسم وكذلك الشافعي وان كان الشافعي ليس الصنف عنده مؤثرا الا في الربويات فقط أعني انه يمنع التفاضل فيه وليس هو عنده علة للنساء أصلا فهذا هو محصيل مذاهب هؤلاء الفقهاء الثلاثة في هذه الفصول الثلاث فأما الأشياء التي لا يجوز فيها النسبة فانها قسبان منها لما لا يجوز فيها التفاضل وقد تقدم ذكرها ومنها ما يجوز فيها التفاضل فأما الأشياء التي لا يجوز فيها التفاضل فعلة امتناع النسبة فيها هو الطم عند مالك وعند الشافعي الطم فقط وعند أبي حنيفة مطعومات الكيل والوزن فاذا اقترن بالطم اتفاق الصنف حرم التفاضل عند الشافعي واذا اقترن وصف

ثالث وهو الادخار حرم التفاضل عندما لك وإذا اختلف الصنف جاز التفاضل وحرم النسبة وأما الاشياء التي ليس يحرم التفاضل فيها عندما لك فاتها صنفان اما مطعومة واما غير مطعومة فاما المطعومة فالنساء عنده لا يجوز فيها وعلامة المنع الطعم واما غير المطعومة فانه لا يجوز فيها النساء عنده فيما انفقت منافعها مع التفاضل فلا يجوز عنده شاة واحدة يشأتين الى أجل الآن تكون احداهما حلوبا والاخرى كوكلة هذا هو المشهور عنه وقد قيل انه يعتبر اتفاق المنافع دون التفاضل فعلى هذا لا يجوز عنده شاة حلوبا بشاة حلوبا الى أجل فاما اذا اختلفت المنافع فالتفاضل والنسبة عنده جائزان وان كان الصنف واحدا وقيل يعتبر اتفاق الأصماء مع اتفاق المنافع والأشهر أن لا يعتبر وقد قيل يعتبر وأما بر حنيفة فالمتبر عنه في منع النساء ماعدا التي لا يجوز عنده فيها التفاضل هو اتفاق الصنف اتفقت المنافع وأختلفت فلا يجوز عنده شاة بشاة ولا بشاتين نسبة وان اختلفت منافعها وأما الشافعي فكل ما لا يجوز التفاضل عنده في الصنف الواحد يجوز فيه النساء فيجوز شاة بشاتين نسبة وتقدا وكذلك شاة بشاة ودليل الشافعي حديث عمرو بن العاص أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمره أن يأخذ في قلائص الصدقة البعير بالبعيرين الى الصدقة قالوا فهذا التفاضل في الجنس الواحد مع النساء وأما الحنيفة فاحتجت بحديث الحسن عن سمرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان بالحيوان قالوا وهذا يدل على تأثير الجنس على الأفراد في النسبة وأما مالك فعمدته في مراعاة منع النساء عند اتفاق الأغراض سد النريعة وذلك أنه لا فائدة في ذلك الآن يكون من باب سلف يحرم نفعها وهو يحرم وقد قيل عنه أنه أصل بنفسه وقد قيل عن الكوفيين أنه لا يجوز بيع الحيوان بالحيوان نسبة اختلف الجنس أو اتفق على ظاهر حديث سمرة فكان الشافعي ذهب منهج الترجيح لحديث عمرو بن العاص والحنفية لحديث سمرة مع التأويل له لأن ظاهره يقتضي أن لا يجوز الحيوان بالحيوان نسبة اتفاق الجنس أو اختلف وكان مالك كذهب منهج الجمع لحديث سمرة على اتفاق الأغراض وحديث عمرو بن العاص على اختلافها وسامع الحسن من سمرة يختلف فيه ولكن محمده الترمذي ويشهد لمالك ما رواه الترمذي عن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الحيوان اثنان بواحد لا يصلح النساء ولا بأس به يدا بيد وقال ابن المنذر ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم اشترى عبد بعبدين أسودين واشترى جارية بسبعة أرؤس وعلى هذا الحديث يكون بيع الحيوان بالحيوان يشبه أن يكون أصلا بنفسه لا من قبل سد نريعة واختلوا فيها لا يجوز بيعه نساء هل من شرطه التقاؤن في المجلس قبل الافتراق في سائر الرويات بعد اتفاقهم في اشتراط ذلك في المصارفة لقوله عليه الصلاة والسلام لا تتبعوا منا غائبنا بناجر فن شرط فيها التفاضل في المجلس شبهها بالصراف ومن لم يشترط ذلك قال ان القبض قبل التفرق ليس شرطا في البيوع اما مقام الدليل عليه ولما قام الدليل على الصرف فقط بقيت سائر الرويات على الأصل

❦ الفصل الرابع ❦

واختلفوا من هذا الباب فيما بعد صنفوا واحدا وهو المؤثر في التفاضل بما لا يعد صنفًا واحدا في مسائل كثيرة لكن نذكر منها أشهرها وكذلك اختلفوا في صفات الصنف الواحد المؤثر في التفاضل هل من شرطه أن

لا يختلف بالجودة والرداءة ولا باليس والرطوبة ، فاما اختلافهم فيما يعد صنفا واحدا مما لا يعد صنفا واحدا فمن ذلك التمسح والشعير صار قوم الى أنهم ما صنفا واحد وصار آخرون الى أنهم ما صنفان فبالاول قال مالك والاوزاعي وحكامه مالك في الموطن أعن سعيد بن المسيب والثاني قال الشافعي وأبو حنيفة وحمدتهما السماع والقياس أما السماع فقولته صلى الله عليه وسلم لا تتبعوا البر بالبر والشعير بالشعير الامثلا بمثل فجعلهما صنفين وأيضا فان في بعض طرق حديث عبادة بن الصامت ويبيعوا الذهب بالفضة كيف شئتم والبر بالشعير كيف شئتم والملح بالتمر كيف شئتم يبدأ بيد ذكره عبد الرزاق ووکیع عن الثوري ومصحح هذه الزيادة الترمذی وأما القياس فلانهم ما شیان اختلفت أسماؤهما ومنافعهما فوجب أن يكونا صنفين أصله الفضة والذهب وسائر الأشياء المختلفة في الاسم والمنفعة وأما عمدة مالك فانه عمل سلفه بالمدينة وأما أصحابه فاعتمدوا في ذلك أيضا السماع والقياس أما السماع فاروى أن النبي عليه الصلاة والسلام قال الطعام بالطعام مثلابمثل فقالوا اسم الطعام يتناول البر والشعير وهذا ضعيف فان هذا عام تفسره الأحاديث الصحيحة وأما من طريق القياس فانهم عددوا كثيرا من اتفاقهما في المنافع والمتفقة المنافع لا يجوز التفاضل فيها باتفاق والملت عن مالك والشعير صنف واحد وأما القطنية فانها عنده صنف واحد في الزكاة وعنه في البيوع روايتان احدهما أنها صنف واحد والاخرى انها أصناف وسبب الخلاف تعارض اتفاق للمنافع فيها واختلافها فمن غلب الاتفاق قال صنف واحد ومن غلب الاختلاف قال صنفان وأصناف والأرز والسخن والجاورس عنده صنف واحد (مسئلة) واختلفوا من هذا الباب في الصنف الواحد من اللحم الذي لا يجوز فيه التفاضل فقال مالك للحوم ثلاثة أصناف فلحم ذوات الأربع صنف ولحم ذوات الماء صنف ولحم الطير كله صنف واحدا أيضا وهذه الثلاثة الأصناف مختلفة يجوز فيها التفاضل وقال أبو حنيفة كل واحد من هذه هو أنواع كثيرة والتفاضل فيه جائز الا في النوع الواحد بعينه وللشافعي قولان أحدهما مثل قول أبي حنيفة والأجتران جميعها صنف واحد وأبو حنيفة يبيح لحم الغنم بالبقر متفاضلا ومالك لا يبيحه والشافعي لا يبيح بيع لحم الطير بلحم الغنم متفاضلا ومالك يبيحه وعمدة الشافعي قوله عليه الصلاة والسلام الطعام بالطعام مثلابمثل ولانها اذا فارقتها الحياة زالت الصفات التي كانت بها تختلف ويتناولها اسم اللحم تناولوا واحدا وعمدة المالكية ان هذه أجناس مختلفة فوجب أن يكون لها مختلفا وحنفية تعتبر الاختلاف الذي في الجنس الواحد من هذه وتقول ان الاختلاف الذي بين الانواع التي في الحيوان أعني في الجنس الواحد منه كأنك قلت الطائر هو وزان الاختلاف الذي بين القروا البر والشعير وبالجملة فكل طائفة تدعى ان وزان الاختلاف الذي بين الاشياء المنصوص عليها هو الاختلاف الذي تراه في اللحم وحنفية أقوى من جهة المعنى لأن تحريم التفاضل انما هو عند اتفاق المنفعة (مسئلة) واختلفوا من هذا الباب في بيع الحيوان بالميت على ثلاثة أقوال قول انه لا يجوز باطلاق وهو قول الشافعي واليث وقول انه يجوز في الاجناس المختلفة التي يجوز فيها التفاضل ولا يجوز ذلك في المتفقة أعني الربوية لمكان الجمل الذي فيها من طريق التفاضل وذلك في التي المقصود منها الأكل وهو قول مالك فلا يجوز شاة مذبوحة بشاة تراد لاكل وذلك عنده في الحيوان الماء كقول حتى انه لا يبيح الحي بالحي اذا كان المقصود الأكل من أحدهما فهي عنده من هذا الباب أعني أن امتناع

ذلك عنده من جهة الربا والمزانية وقول ثالث انه يجوز مطلقا وبه قال أبو حنيفة وسبب الخلاف معارضة الأصول في هذا الباب لمسل سعيد بن المسيب وذلك أن مالكاً روى عن زيد بن أسلم عن سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان باللحم فمن لم تنقح عنده معارضة هذا الحديث لاصل من أصول البيوع التي توجب التحريم قال به ومن رأى أن الاصول معارضة له وجب عليه أحد أمرين إما أن يغلب الحديث فيجعله أصلاً زائداً بنفسه أو يرد له مكان معارضة الأصول له فالشافعي غلب الحديث وأبو حنيفة غلب الاصول ومالك رده إلى أصوله في البيوع فجعل البيع فيه من باب الربا أعنى بيع الشيء الربوي بأصله مثل بيع الزيت بالزيتون وسياق الكلام على هذا الاصل فانه الذي يعرفه الفقهاء بالزانية وهي داخلية في الربا بجمعة وفي الغرر بجمعة وذلك انها عنوعة في الربويات من جهة الربا والغرر وفي غير الربويات من جهة الغرر فقط الذي سببه الجهل بالخارج عن الاصل (مسئلة) ومن هذا الباب اختلافهم في بيع الدقيق بالحنطة مثلاً بمثلاً فالأشهر عن مالك جوازه وهو قول مالك في موطنه وروى عنه أنه لا يجوز وهو قول الشافعي وأبي حنيفة وابن الماجشون من أصحاب مالك وقال بعض أصحاب مالك ليس هو اختلاف من قوله وانما رواية المنع اذا كان اعتبار المثلية بالكيل لأن الطعام اذا صار دقيقاً اختلف كيـله ورواية الجواز اذا كان الاعتبار بالوزن وأما أبو حنيفة فالتنع عند في ذلك من قبل أن أحدهما مكيل والآخر موزون ومالك يعتبر الكيل أو الوزن فيما جرت العادة أن يكال أو يوزن والعديد في لا يكال ولا يوزن واختلفوا من هذا الباب فيما تدخله الصنعة مما أصله منع الربا فيه مثل الخبز بالخبز فقال أبو حنيفة لا بأس ببيع ذلك متفاضلاً ومثلاً لأنه قد خرج بالصنعة عن الجنس الذي فيه الربا وقال الشافعي لا يجوز مثلاً فضلاً عن متفاضل لأنه قد غلبت الصنعة تغيراً جهلت به مقاديره التي تعتبر فيها للمثالة وأما مالك فالأشهر في الخبز عنده أنه يجوز مثلاً وقد قيل فيه أنه يجوز فيه التفاضل والتساوي وأما البجين والبجين فآثر عنده مع المثالة وسبب الخلاف هل الصنعة تنقله من جنس الربويات أو ليس تنقله وإن لم تنقله فهل تمكن المثالة فيه أو لا تمكن فقال أبو حنيفة تنقله وقال مالك والشافعي لا تنقله واختلفوا في امكان المثالة فيها فكان مالك يميز اعتبار المثالة في الخبز واللحم بالتقدير والحزر فضلاً عن الوزن وأما اذا كان أحد الربويين لم تدخله صنعة والآخر قد دخلته الصنعة فإن مالكاً يري في كثير منها أن الصنعة تنقله من الجنس أعنى من أن يكونا جنساً واحداً فيجوز فيها التفاضل وفي بعضها ليس يرى ذلك وتقصيل مذهبه في ذلك عسير الا تفصالاً للحم المشوى والطبخ عنده من جنس واحد والحنطة المقلوقة عنده وغير المقلوقة جنسان وقد رام أصحابه التفصيل في ذلك والظاهر من مذهبه انه ليس في ذلك قانون من قوله حتى ينحصر فيه أقواله فيها وقد رام حصرها باليجي المنتقى وكذلك أيضاً يحصر حصر المنافع التي توجب عنده الاتفاق في شئ شئ من الاجناس التي يقع بها التعامل وتميزها من التي لا توجب ذلك أعنى في الحيوان والعروض والنبات وسبب العسر ان الانسان اذا سئل عن أشياء متشابهة في أوقات مختلفة ولم يكن عنده قانون يعمل عليه في تمييزها الا ما يعطيه بآدى النظر في الحال جاب فيها بجوابات مختلفة فاذا جاء من بعده أحد فرام أن يجري تلك الاجوبة على قانون واحد وأصل واحد عسر ذلك عليه وأنت تبين ذلك من كتبهم فهذه هي أمهات هذا الباب

فصل رأى اختلافهم في بيع الربوى الرب بجنسه من اليابس مع وجود التماثل في القدر والتناجز فان السبب في ذلك ما روى مالك عن سعد بن أبي وقاص أنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يستل عن شراء التمر بالرب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أينقص الرب اذا جف فقالوا نعم فنهى عن ذلك فأخذ به أكثر العلماء وقال لا يجوز بيع التمر بالرب على حال مالك والشافعي وغيرهما وقال أبو حنيفة يجوز ذلك وخالفه في ذلك أصحابه محمد بن الحسن وأبو يوسف وقال الطحاوي بقول أبي حنيفة وسبب الخلاف معارضة ظاهر حديث عبادة وغيره واختلافهم في تصحيحه وذلك ان حديث عبادة اشترط في الجواز فقط المماثلة والمساواة وهذا يقتضي بظاهره حال العقد لاحال المآل فمن غلب ظواهر أحاديث الربوى يات رد هذا الحديث ومن جعل هذا الحديث أصلاً بنفسه قال هو أمر زائد ومفسر لأحاديث الربوى يات والحديث أيضاً اختلف الناس في تصحيحه ولم يخرج به الشيخان قال الطحاوي خولف فيه عبد الله فرواه يحيى بن كثير عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الرب بالتمر نسبته وقال ان الذي يروى عنه هذا الحديث عن سعد بن أبي وقاص هو مجهول لكن جمهور الفقهاء صاروا الى العمل به وقال مالك في موطنه قياساً على تعليل الحكم في هذا الحديث وكذلك كل ربط يابس من نوعه حرام يعني منع المماثلة كالجهين بالدقيق واللحم اليابس بالربط وهو أحد قسمي المزينة عند مالك المنهى عنها عنده والعريه عنده مستثناة من هذا الأصل وكذلك عند الشافعي والمزينة عند أبي حنيفة المنهى عنها هو بيع التمر على الأرض بالتمر في رؤس النخيل لموضع الجبل بالمقدار الذي بينهما أعنى بوجود التساوي وطرد الشافعي هذه العلة في الشيتين الرطبين فلم يحز بيع الربط بالربط ولا الجهين بالجهين مع التماثل لأنه زعم أن التفاضل يوجد بينهما عند الجفاف وخالفه في ذلك جل من قال بهذا الحديث وأما اختلافهم في بيع الجيسد بالردى في الاصناف الربوية فذلك يتصور بأن يباع منها صنف واحد ووسط في الجودة بصنفين أحدهما أجود من ذلك الصنف والآخراً دأ مثل أن يبيع مدين من تمر وسط بمدين من تمر أحدهما أعلى من الوسط والآخراً دون منه فان مالكا يرد هذا لأنه يشبهه أن يكون انما قصد أن يدفع مدين من الوسط في مدين الطيب فجعل معه الردى مديرة الى تحليل ما لا يجب من ذلك ووافقه الشافعي في هذا ولكن التحريم عنده ليس هو فيما أحسب هذه التهمة لأنه لا يعمل التهم ولكن يشبه أن يعتبر التفاضل في الصفة وذلك انه متى لم تكن زيادة الطيب على الوسط مثل نقصان الردى عن الوسط والافليس هناك مساواة في الصفة ومن هذا الباب اختلافهم في جواز بيع صنف من الربوى يات بصنف مثله وعرضاً ودناير أو دراهم اذا كان الصنف الذي يجعل معه العرض أقل من ذلك الصنف المفرد أو يكون مع كل واحد منهما عرض والصنفان مختلفان في القدر فالاول مثل أن يبيع كيلين من التمر بكيلين من التمر ودراهم والثاني مثل أن يبيع كيلين من التمر وثوب بثلاثة أكيال من التمر ودراهم فقال مالك والشافعي والليث ان ذلك لا يجوز وقال أبو حنيفة والكوفيون ان ذلك جائز فسبب الخلاف هل ما يقابل العرض من الجنس الربوى ينبغي أن يكون مساوياً له في القيمة أو يكفي في ذلك رضا البائع فمن قال الاعتبار بمساواته في القيمة قال لا يجوز لمكان الجهل بذلك لانه اذا لم يكن العرض مساوياً لفضل أحد الربوين على الثاني كان التفاضل ضرورة مثال ذلك انه ان باع كيلين من تمر بكيل وثوب

فقد يجب أن تكون قيمة الثوب تساوى الكيل والواقع التفاضل ضرورة وأما أبو حنيفة فيكتفى في ذلك بأن يرضى به المتبايعان ومالك يعتبر أيضاً في هذا سد الزريعة لانه انما جعل جاعل ذلك ذريعة الى بيع الصنف الواحد متفاضلا فهذه مشهورات مسائلهم في هذا الجنس

﴿ باب في بيع العرائع الربوية ﴾

وههنا شئ يعرض للمتبايعين اذا اقال أحدهما الآخر بزادة أو نقصان وللمتبايعين اذا اشترى أحدهما من صاحبه الشئ الذى باعه بزادة أو نقصان وهو أن يتصور بينهما من غير قصد الى ذلك تباعى ربوى مثل ان يبيع انسان من انسان سلعة بعشرة دنانير نقدا ثم يشتريها منه بعشرين الى أجل فاذا أضيفت البيعة الثانية الى الاولى استقر الأمر على أن أحدهما دفع عشرة دنانير في عشرين الى أجل وهذا هو الذى يعرف ببيع الاجال فنذكر من ذلك مسئلة في الاقالة ومسئلة من بيع الاجال اذ كان هذا الكتاب ليس المقصود به التفرع وإنما المقصود فيه تحصيل الاصول (مسئلة) لم يختلفوا أن من باع شيئاً ما كان كالت عبداً بمائة دينار مثلاً الى أجل ثم ندم البائع فسأل المشتري ان يصرف اليه مبيعته ويدفع اليه عشرة دنانير مثلاً نقداً أو الى أجل ان ذلك يجوز وأنه لا بأس بذلك وأن الاقالة عندهم اذا دخلتها الزيادة والنقصان هي بيع مستأف ولا حرج في أن يبيع الانسان الشئ بثمن ثم يشتريه بأكثر منه لأنه في هذه المسئلة اشترى منه البائع الأول العبد الذى باعه بالمائة التى وجبت له وبالعشرة مثاقيل التى زادها نقداً أو الى أجل وكذلك لا خلاف بينهم لو كان البيع بمائة دينار الى أجل والعشرة مثاقيل نقداً أو الى أجل وأما ان ندم المشتري في هذه المسئلة وسأل الاقالة على ان يعطى البائع العشرة المثاقيل نقداً أو الى أجل أبعد من أجل الذى وجبت فيه المائة فهنا اختلفوا فقال مالك لا يجوز وقال الشافى يجوز ووجه ما كره من ذلك مالك ان ذلك ذريعة الى قصد بيع الذهب بالذهب الى أجل والى بيع ذهب وعرض بذهب لأن المشتري دفع العشرة مثاقيل والعبد في المائة دينار التى عليه وأيضاً يدخله بيع وسلف كان المشتري باعه العبد بتسعين وأسلفه عشرة الى الأجل الذى يجب عليه فيقبضها من نفسه لنفسه وأما الشافى فهذا كله عنده جائز لأنه شراء مستأف ولا فرق عنده بين هذه المسئلة وبين ان تكون لرجل على رجل مائة دينار مؤجلة فيشتري منه غلاماً بالتسعين ديناراً التى عليه ويتجهل له عشرة دنانير وذلك جائز باجماع قال وحل الناس على التهم لا يجوز وأما ان كان البيع الأول نقداً فلا خلاف في جواز ذلك لأنه ليس يدخله بيع ذهب بذهب نسبية الا ان مالكا كره ذلك لمن هو من أهل العينة أغنى الذى يداين الناس لأنه عنده ذريعة لسلف في أكثر منه يتوصلان اليه بما أظهر من البيع من غير ان تكون له حقيقة وأما البيوع التى يعرفونها ببيع الاجال فهي ان يبيع الرجل سلعة بثمن الى أجل ثم يشتريها بثمن آخر الى أجل آخر أو نقداً وههنا تسع مسائل اذ لم تكن هناك زيادة عرض اختلف منها في مسلتين واتفق في الباقي وذلك انه من باع شيئاً الى أجل ثم اشتراه فلما أن يشتريه الى ذلك الأجل بعينه أو قبله أو بعده وفي كل واحد من هذه الثلاثة أما أن يشتريه بمثل الثمن الذى باعه به منه وأما بأقل وأما بأكثر يختلف من ذلك في اثنين وهوان يشتريها قبل الأجل نقداً بأقل من الثمن أو الى أبعد من ذلك الأجل بأكثر من ذلك الثمن فعند مالك وجهه أهل المدينة ان ذلك لا يجوز وقال الشافى وداود وأبو ثور

يجوز فن منعه فوجه منعه اعتبار البيع الثاني بالبيع الأول فانهمه ان يكون انما قصد دفع دنانير في أكثر منها إلى أجل وهو الرابح المنهي عنه فزور ذلك هذه الصورة ليتصلها إلى الحرام مثل ان يقول قائل لا خير أسلفني عشرة دنانير إلى شهر وأرد اليك عشرين دينارا فيقول هذا لا يجوز ولكن أبيع منك هذا الجار بعشرين إلى الشهر ثم اشتره منك بعشرة نقداً وأما في الوجوه الباقية فليس بينهم فيها لأنه ان أعطى أكثر من الثمن في أقل من ذلك الأجل لم يهتم وكذلك ان اشتراها بأقل من ذلك الثمن إلى بعد من ذلك الأجل ومن الخجة لمن رأى هذا الرأي حديث أبي العالية عن عائشة أنها سمعتها وقد قالت لها امرأة كانت أم ولد لزيد بن أرقم يأم المؤمنين اني بعثت من زيد عبداً إلى العطاء بمائة فاحتاج إلى ثمنه فاشترته منه قبل محل الأجل بمائة فقالت عائشة بشما شريت وبشما اشتريت أبلغ زيداً انه قد أبطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لم يتب قالت أو أيت ان تركت وأخنت السائمة دينار قالت نعم (فن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف) وقال الشافعي وأصحابه لا يثبت حديث عائشة وأيضاً قال زيدا قد خلفها وإذا اختلف الصحابة فذهبنا للقياس وروى مثل قول الشافعي عن ابن عمر وأما اذا حلت بالمبيع نقص عند المشتري الأول فان الثوري وجاعة من الكوفيين أجازوا لبائعه بالنظر ان يشتريه نقداً بأقل من ذلك الثمن وعن مالك في ذلك روايتان والصورتان التي يعتبرها مالك في التراجع في هذه البيوع هي ان يتدبر منها إلى انظر في أزدك أو إلى بيع مالا يجوز متفاضلاً أو بيع مالا يجوز نساء أو إلى بيع وسلف أو إلى ذهب وعرض بذهب أو إلى وضع وتجهل أو بيع الطعام قبل ان يستوفي أو بيع وصرف فان هذه هي أصول الرابون هذا الباب اختلافهم فحين باع طعاماً بطعام قبل ان يقبضه فذهب مالك وأبو حنيفة وجاعة وأجاز الشافعي والثوري والاوزاعي وجاعة وسجة من كرهه انه شبهه ببيع الطعام بالطعام نساء ومن أجاز له لم يرد ذلك فيه اعتباراً بترك القصد إلى ذلك ومن ذلك اختلافهم فحين اشترى طعاماً بثمن إلى أجل معلوم فلما حل الأجل لم يكن عند البائع طعام يدفعه إليه فاشترى من المشتري طعاماً بثمن يدفعه إليه مكان طعامه الذي وجب له فأجاز ذلك الشافعي وقال لا فرق بين ان يشتري الطعام من غير المشتري الذي وجب له عليه أو من المشتري نفسه ومنع من ذلك مالك ورآه من التريعة إلى بيع الطعام قبل ان يستوفي لأنه رد إليه الطعام الذي كان ترتب في ذمته فيكون قد باعه منه قبل ان يستوفيه وصورة التريعة في ذلك ان يشتري رجل من آخر طعاماً إلى أجل معلوم فإذا حل الأجل قال الذي عليه الطعام ليس عندي طعام ولكن اشترى منك الطعام الذي وجب لك علي فقال هذا لا يصح لأنه بيع الطعام قبل ان يستوفي فنقول له فبيع طعاماً مني وأرده عليك فيعرض من ذلك ما ذكرناه أعني ان يرد عليه ذلك الطعام الذي أخذ منه ويبقى الثمن المدفوع انما هو ثمن الطعام الذي هو في ذمته وأما الشافعي فلا يعتبر بينهم كما قلنا وانما يراعى فيما يحل ويحرم من البيوع ما اشترطوا ذكره بأستهمما وظهر من فعلهما لا جاع العلماء على أنه اذا قال أبيعك هذه الدراهم بدرهم مثلاً وأنظرك بها حولا أو شهراً انه لا يجوز ولو قال له أسلفني دراهم وأمهلي بها حولا أو شهراً جاز فليس بينهما الاختلاف لفظ البيع وقصده ولفظ القرض وقصده ولما كانت أصول الرابح كما قلنا خمسة انظر في أزدك والتفاضل والنساء وضع وتجهل وبيع الطعام قبل قبضه فانه يظن انه من هذا الباب اذا قل ذلك يدفع دنانير ويأخذ أكثر منها من غير تكلف فعل

ولاضمان يتعلق بذمته فينبغي ان نذكرها هنا هذين الاصليين أماغض ونجمل فأجازة ابن عباس من الصحابة وزفر من فقهاء الامصار ومنعه جاعة منهم ابن عمر من الصحابة ومالك وأبو حنيفة والثوري وجاعة من فقهاء الامصار واختلف قول الشافعي في ذلك فأجاز مالك وجهور من ينكر ضرع ونجمل ان يتنجمل الرجل في دينه المؤجل عرضاً يأخذه وان كانت فقيته أقل من دينه وعمدة من لم يجز ضرع ونجمل انه شبيه بالزيادة مع النظرة المجمع على تحريمها ووجه شبهه بهائه جعل الزمان مقدارا من الثمن بدلا منه في الموضوعين جميعا وذلك انه هنالك لما زادله في الزمان زادله عرضه ثمنا وهنالملاحظ عنه الزمان حط عنه في مقابله ثمنا وعمدة من أجازة ماروى عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم لما أمر باخراج بني النضير جاءه ناس منهم فقالوا يا بني الله انك أمرت باخراجنا ولناعلى الناس ديون لم تحل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ضعوا ونجملوا فسيب الخلاف معارضة قياس الشبه لهذا الحديث وأما بيع الطعام قبل قبضه فان العلماء مجمعون على منع ذلك الا ما يحكى عن عثمان البنى وانما أجمع الغناء على ذلك لثبوت النهى عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من حديث مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يقبضه واختلف من هذه المسئلة في ثلاثة مواضع أحدها فيما يشترط فيه القبض من المبيعات والثاني في الاستفادات التي يشترط في بيعها القبض من التي لا يشترط والثالث في الفرق بين ما يباع من الطعام مكيلا وجزا فافيه ثلاثة فصول

﴿ الفصل الأول ﴾

وأما بيع ماسوى الطعام قبل القبض فلا خلاف في مذهب مالك في إجازته وأما الطعام الربوى فلا خلاف في مذهبه ان القبض شرط في بيعه وأما غير الربوى من الطعام فعنه في ذلك روايتان احدهما المنع وهي الاشهر وبها قال أحمد وأبو ثور الا أنهما اشترطا مع الطعم الكيل والوزن والرواية الاخرى الجواز وأما أبو حنيفة فالقبض عنده شرط في كل مبيع ماعدا المبيعات التي لا تنقل ولا تحول وهي النور والعقار وأما الشافعي فان القبض عنده شرط في كل مبيع وبه قال الثوري وهو مروي عن جابر بن عبد الله وابن عباس وقال أبو عبيد واسحق كل شيء لا يكال ولا يوزن فلا بأس ببيعه قبل قبضه فاشترط هؤلاء القبض في المكيل والموزون وبه قال ابن حبيب وعبد العزيز بن أبي سلمة وربيعة وزاد هؤلاء مع الكيل والوزن المحدود فتيحصل في اشتراط القبض سبعة أقوال الأول في الطعام الربوى فقط والثاني في الطعام باطلاق الثالث في الطعام المكيل والموزون الرابع في كل شيء ينقل الخامس في كل شيء السادس في المكيل والموزون السابع في المكيل والموزون والمعدود أما عمدة مالك في منعه ماعدا المنصوص عليه فدليل الخطاب في الحديث المتقدم وأما عمدة الشافعي في تعميم ذلك في كل بيع فعوم قوله عليه الصلاة والسلام لا يحل بيع سلف ولا ربح مالم يضمن ولا يبيع ما ليس عندك وهذا من باب بيع مالم يضمن وهذا مبني على مذهبه من أن القبض شرط في دخول المبيع في ضمان المشتري واحتج أيضا بحديث حكيم بن حزام قال قلت يا رسول الله انى أشتري يبوأ فاحمل لى منها وما يحرم فقال يا ابن أخي اذا اشتريت يبعافلا تبعه حتى يقبضه قال يا بوعمر حديث حكيم بن حزام رواه يحيى بن أبي كثير عن يوسف بن مالهك ان عبد الله بن عصة حدثه ان حكيم بن حزام قال ويوسف بن مالهك وعبد الله بن عصة

لأعرف طمأجحة لأنه لم يروعهما الأرجل واحد فقط وذلك في الحقيقة ليس بجراحة وإن كرهه جماعة من المحدثين ومن طريق المعنى أن يبيع مالم يقبض يتطرق منه إلى الربا وإنما استثنى أبو حنيفة ما يجوز وينقل عنده مما لا ينقل لأن ما ينقل القبض عنده فيه هي التولية وأما من اعتبر الكيل والوزن فلا تفاههم أن المسكيل والموزون لا يخرج من ضمان البائع إلى ضمان المشتري إلا بالكيل أو الوزن وقد نهى عن بيع مالم يضمن

﴿ الفصل الثاني ﴾

وأما ما يعتبر ذلك فيه مما لا يعتبر فإن العقود تنقسم أولاً إلى قسمين قسم يكون بمعاوضة وقسم يكون بغير معاوضة كالهبات والصدقات والذي يكون بمعاوضة ينقسم ثلاثة أقسام أحدها يختص بقصد المغالبة والمكايسة وهي البيوع والاجارات والمهور والصلح والمال المضمون بالتعدي وغيره والقسم الثاني لا يختص بقصد المغالبة وإنما يكون على جهة الرفق وهو القرض والقسم الثالث فهو ما يصح أن يقع على الوجهين جميعاً أعنى على قصد المغالبة وعلى قصد الرفق كالشركة والاقالة والتولية وتحصيل أقوال العلماء في هذه الأقسام أما ما كان يباع وبعوض فلا خلاف في اشتراط القبض فيه وذلك في الشيء الذي يشترط فيه القبض واحد واحد من العلماء وأما ما كان خالصاً للرفق أعنى القرض فلا خلاف أيضاً أن القبض ليس شرطاً في بيعه أعنى أنه يجوز للرجل أن يبيع القرض قبل أن يقبضه واستثنى أبو حنيفة مما يكون بعوض المهر والخلع فقال يجوز بيعهما قبل القبض وأما العقود التي ترد بين قصد الرفق والمغالبة وهي التولية والشركة والاقالة فاذا وقعت على وجه الرفق من غير أن تكون الاقالة أو التولية بزيادة أو نقصان فلا خلاف أعلمه في المذهب أن ذلك جائز قبل القبض وبعده وقال أبو حنيفة والشافعي لا تجوز الشركة ولا التولية قبل القبض ويجوز الاقالة عندهما لأنها قبل القبض فسخ بيع لا يبيع فعمدة من اشترط القبض في جميع المعاوضات أنها في معنى البيع المنهى عنه وإنما استثنى مالك من ذلك التولية والاقالة والشركة للآثر والمعنى أما الآثر فخارواه من مرسل سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه إلا ما كان من شركة أو تولية أو اقالة وأما من طريق المعنى فإن هذه النماذج كلها الرفق لا المغالبة إذ لم تدخلها زيادة ولا نقصان وإنما استثنى من ذلك أبو حنيفة والصداف والخلع والجعل لأن العوض في ذلك ليس بيننا إذ لم يكن عيناً

﴿ الفصل الثالث ﴾

وأما اشتراط القبض فيما يبيع من الطعام جزأفاً فإن مالكاً رخص فيه وأجاز به وقال الأوزاعي لم يجوز ذلك أبو حنيفة والشافعي وحجتها عموم الحديث المتضمن للنهي عن بيع الطعام قبل قبضه لأن الزريعة موجودة في الجراف وغير الجراف ومن الحجة لهما ما روى عن ابن عمر أنه قال كافي زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم نبتاع الطعام جزأفاً بعت اليناهن يأمرنا باتقائه من المكان الذي ابتعناه فيه إلى مكان سواه قبل أن نبيعه قال أبو عمر وإن كان مالك لم يروعه نافع في هذا الحديث ذكر الجراف فقدروته جماعة وجوده عبيد الله بن عمر وغيره وهو مقسم في حفظ حديث نافع وعمدة المالكية أن الجراف ليس فيه حتى توفيه فهو عندهم من ضمان المشتري بنفس العقد وهذا من باب تخصيص العموم بالقياس

المظنون العلة وقد يدخل في هذا الباب اجماع العلماء على منع بيع الرجل شيئاً لا يملكه وهو المسمى عينه عند من يرى نقله من باب النريضة الى الربا وأما من رأى منعه من جهته انه قد لا يمكن نقله فهو داخل في بيع الغرر وصورة التنزع منه الى الربا المنهى عنه أن يقول رجل لرجل أعطني عشرة دنانير على أن أدفع لك الى مدة كذا ضعفاً فيقول له هذا لا يصلح ولكن أبيع منك سلعة كذا السلعة يسمى بالسلعة عنده بهذا العدد ثم يعمد هو فيشتري تلك السلعة فيقبضها له بعد ان كل البيع بينهما وتلك السلعة قيمتها قريب مما كان سألها أن يعطيه من الدراهم قرصاً فريد عليه ضعفها وفي المذهب في هذا تفصيل ليس هذا موضع ذكره ولا خلاف في هذه الصورة التي ذكرناها غير جائزة في المذهب أعني اذا تقرر على الثمن الذي يأخذ به السلعة قبل شرائها وأما الدين بالدين فاجع المسلمون على منعه واختلافوا في مسائل هل هي منه أم ليست منه مثل ما كان ابن القاسم لا يجيز أن يأخذ الرجل من غريمه في دين له عليه تمراً قد بدأ صاحبه ولا سكنى دار ولا جارية تتواضع ويراه من باب الدين بالدين وكان أشبه بجيز ذلك ويقول ليس هذا من باب الدين بالدين وإنما الدين بالدين مالم يشرع في أخذه ثم منه وهو القياس عند كثير من المالكيين وهو قول الشافعي وأبي حنيفة وما أجازه مالك من هذا الباب وخالفه فيه جمهور العلماء ما قاله في المدونة من ان الناس كانوا يبيعون اللحم بسعر معلوم والثمن الى العطاء فيأخذ المبتاع كل يوم وزناً معلوماً قال ولم ير الناس بذلك بأساً وكذلك كل ما يبتاع في الاسواق وروى ابن القاسم ان ذلك لا يجوز الا فيما خشى عليه الفساد من الفواكه اذا أخذ جميعه وأما القمع وشبهه فلا فهذا هي أصول هذا الباب وهذا الباب كله انما حرم في الشرع لكان القين الذي يكون ملوفاً وعن علم

❦ الباب الثالث ❦

وهي البيوع المنهى عنها من قبل القين الذي سببه الغرر والغرر يوجد في المبيعات من جهة الجهل على وجه امان من جهة الجهل بتعيين العقود عليه وتعيين العقد أو من جهة الجهل بوصف الثمن والمقنون المبيع أو بقدره أو بأجله ان كان هنالك أجل وامان من جهة الجهل بوجوده أو تعذر القدرة عليه وهذا راجع الى تعذر التسليم وامان من جهة الجهل بسلامته أعني بقاءه وههنا بيع تجمع أكثر هذا وبعضها ومن البيوع التي توجد فيها هذه الضروب من الغرر بيع منطوق به أو بيع مذكور عنها والمنطوق به أكثره متفق عليه وإنما يختلف في شرح أمثاله والمسكوت عنه مختلف فيه ونحن نذكر أولاً والمنطوق به في الشرع وما يتعلق به من الفقه ثم نذكر بعد ذلك من المسكوت عنه ما شهِر الخلاف فيه بين فقهاء الامصار ليكون كالقانون في نفس الفقه أعني في رد الفروع الى الاصول فأما المنطوق به في الشرع فنه نهي صلى الله عليه وسلم عن بيع جبل الحبله ومنهاتيه عن بيع مالم يخلق وعن بيع النخل حتى ترثي وعن بيع الملاسة والمناذرة وعن بيع الحصاة ومنهاتيه عن المعاومة وعن بيعتين في بيعة وعن بيع وشروط وعن بيع وسلف وعن بيع السنبلي حتى يبيض والعنب حتى يسود ونهيه عن المضامين والملاقيح أما بيع الملاسة فكانت صورته في الجاهلية أن يلبس الرجل الثوب ولا ينشره أو يتعاه لئلا يعلم ما فيه وهذا يجمع على تحريمه وسبب تحريمه الجهل بالصفة وأما بيع المناذرة فكان أن يبتذل واحد من المتبايعين الى صاحبه الثوب من غير أن يعين أن هذا بهذا بل كانوا يجعلون ذلك راجعاً الى الاتفاق

وأما بيع الحصة فكانت صورته عندهم ان يقول المشتري أى ثوب وقعت عليه الحصة التى أرى بها
فهو لى وقيل ايضا انهم كانوا يقولون اذا وقعت الحصة من يدى فقد وجب البيع وهذا قار وأما بيع حبل
الحبله ففيه تأويلان أحدهما انها كانت بيوعا يؤجلونها الى أن تنتج الناقه مالى بطنها ثم ينتج مالى بطنها
والغرر من جهة الاجل فى هذا بين وقيل انما هو بيع جنين جنين الناقه وهذا من باب النهى عن بيع
المضامين والملاقيح والمضامين هى مالى بطون الحوامل والملاقيح مالى ظهور الفحول فهذه كلها بيع
جاهلية متفق على تحريمها وهى محرمة من تلك الالوجه التى ذكرناها وأما بيع الثمار فانه ثبت عنه عليه
الصلاة والسلام انه نهى عن بيعها حتى يبدو صلاحها وحتى تزهى ويتعلق بذلك مسائل مشهورة نذكر
نحن منها بيعونها وذلك أن بيع الثمار لا يتخلو أن تكون قبل أن تتخلق أو بعد أن تتخلق ثم اذا خلقت لا يتخلو
أن تكون بعد الصرام أو قبله ثم اذا كان قبل الصرام فلا يتخلو أن تكون قبل أن تزهى أو بعد أن تزهى
وكل واحد من هذين لا يتخلو أن يكون بيعا مطلقا أو بشرط التبقية أو بشرط القطع أما القسم الأول وهو بيع
الثمار قبل أن تتخلق فجميع العلماء مطبقون على منع ذلك لأنه من باب النهى عن بيع مالم يتخلق ومن باب
بيع السنين والمعومة وقضى عنه عليه الصلاة والسلام انه نهى عن بيع السنين وعن بيع المعومة
وهى بيع الشجر أعواما الاماروى عن عمر بن الخطاب وابن الزبير انهما كانا يجيزان بيع الثمار سنين
وأما بيعها بعد الصرام فلا خلاف فى جوازها وأما بيعها بعد ان خلقت فأكثر العلماء على جواز ذلك
على التفصيل الذى نذكره الاماروى عن أبى سلمة بن عبد الرحمن وعن عكرمة انه لا يجوز الا بعد الصرام
فاذا قلنا بقول الجمهور انه يجوز قبل الصرام فلا يتخلو أن تكون بعد أن تزهى أو قبل أن تزهى وقد قلنا
ان ذلك لا يتخلو أن يكون بيعا مطلقا أو يبيع بشرط القطع أو بشرط التبقية فأما بيعها قبل الزهو بشرط
القطع فلا خلاف فى جوازها الاماروى عن الثوري وابن أبى ليلى من منع ذلك وهى رواية ضعيفة
وأما بيعها قبل الزهو بشرط التبقية فلا خلاف فى انه لا يجوز الا ماذكره اللخمي من جوازها فخرى
على المذهب وأما بيعها قبل الزهو مطلقا فاختلف فى ذلك فقهاء الامصار جمهورهم على انه لا يجوز مالك
والشافعى وأحمد وأسحق والليث والثوري وغيرهم وقال أبو حنيفة يجوز ذلك الا انه يلزم المشتري عنده
فيه القطع لامن جهة ما هو بيع مالم يره بل من جهة أن ذلك شرط عنده فى بيع الثمر على ماسيا فى بعد
أما دليل الجمهور على منع بيعها مطلقا قبل الزهو فالحديث الثابت عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه
وسلم نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها نهى البائع والمشتري فعمل ان ما بعد الغاية بخلاف ما قبل الغاية
وان هذا النهى يتناول البيع المطلق بشرط التبقية ولما ظهر للجمهور أن المعنى فى هذا خوف ما يصاب
الثمار من الجائحة غالبا قبل أن تزهى لقوله عليه الصلاة والسلام فى حديث أنس بن مالك بعد نهيه عن بيع
الثمره قبل الزهو أرايت ان منع الله الثمره فبم يأخذ أحدكم مال أخيه لم يحمل العلماء النهى فى هذا
على الاطلاق أعنى النهى عن البيع قبل الازهاء بل رأيت أن معنى النهى هو بيعه بشرط التبقية الى الازهاء
فأجازوا بيعها قبل الازهاء بشرط القطع واختلفوا اذا ورد البيع مطلقا فى هذه الحال هل يحمل على القطع
وهو الجائر أو على التبقية الممنوعة فنحل الاطلاق على التبقية أو رأى أن النهى يتناولها بعمومه
قال لا يجوز ومن حله على القطع قال يجوز والمشهور عن مالك ان الاطلاق محمول على التبقية وقد قيل عنه

أنه محمول على القطع وأما الكوفيون فحجتهم في بيع الثمار مطلقا قبل أن تزهى حديث ابن عمر الثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من باع نخلا قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترطه المبتاع قالوا فاما جاز أن يشترطه المبتاع جاز يبيعه مفردا وجازوا الحديث الوارد بالنهي عن بيع الثمار قبل أن تزهى على الندب واحتجوا بذلك بما روى عن زيد بن ثابت قال كان الناس في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم يتبايعون الثمار قبل أن يبدوا صلاحها فإذا جد الناس وحضر تقاضيه قال المبتاع أصاب الثمر الزمان أصابه ما أضربه قشام ومراض لعاهات يذكرونها فلما كثرت خصومتهم عند النبي قال كالمشورة يشير بها عليهم لا يتبعوا الثمر حتى يبدوا صلاحها ور بما قالوا أن المعنى الذي دل عليه الحديث في قوله حتى يبدوا صلاحه هو ظهور الثمرة بدليل قوله عليه الصلاة والسلام أرأيت أن منع الله الثمرة فيم يأخذ أحدكم مال أخيه وفكان يجب على من قال من الكوفيين بهذا القول ولم يكن يرى رأى أبي حنيفة في أن من ضرورة بيع الثمار القطع أن يجوز بيع الثمر قبل بدو صلاحها على شرط التبقية فالجمهور يحملون جواز بيع الثمار بالشرط قبل الإزهاء على الخصوص أعني إذا بيع الثمر مع الأصل وأما شراء الثمر مطلقا بعد الزهو فلا خلاف فيه والاطلاق فيه عند جمهور فقهاء الامصار يقتضى التبقية بدليل قوله عليه الصلاة والسلام أرأيت أن منع الله الثمرة الحديث ووجه الدليل منه أن الجوائح إنما تنظر في الأكل على الثمار قبل بدو صلاحها وأما بعد بدو صلاحها فلا تظهر الا قليلا ولولم يجب في المبيع بشرط التبقية لم يكن هنالك جائحة تتوقع وكان هذا الشرط باطلا وأما الحنفية فلا يجوز عندهم بيع الثمر بشرط التبقية والاطلاق عندهم كقولنا محمول على القطع وهو خلاف مفهوم الحديث وحجتهم أن نفس بيع الشيء يقتضى تسليمه والاخفة الغرر ولذلك لم يجوز أن تباع الاعيان الى أجل والجمهور على أن بيع الثمار مستثنى من بيع الاعيان الى أجل لكون الثمر ليس يمكن أن ييسر كله دفعة فالكوفيون خالفوا الجمهور في بيع الثمار في موضعين أحدهما في جواز بيعها قبل أن تزهى والثاني في منع تبقيتها بالشرط بعد الإزهاء أو بطلاق العقد وخلافهم في الموضع الأول أقوى من خلافهم في الموضع الثاني أعني في شرط القطع وإن أزهى وإنما كان خلافهم في الموضع الأول أقرب لأنه من باب الجمع بين حديثي ابن عمر للتقدمين ولأن ذلك أيضا مروى عن عمر ابن الخطاب وابن الزبير وأما بدو صلاح النوى جواز رسول الله صلى الله عليه وسلم البيع بعده فهو أن يصفر فيه البسر ويسود فيه العنب إن كان مما يسود وبالجملة إن تظهر في الثمر صفة الطيب هذا هو قول جماعة فقهاء الامصار لما رواه مالك عن حميد عن أنس أنه صلى الله عليه وسلم سئل عن قوله حتى يزهى فقال حتى يحمر وروى عنه عليه الصلاة والسلام أنه نهى عن بيع العنب حتى يسود والحب حتى يشتد وكان زيد بن ثابت في رواية مالك عنه لا يبيع ثماره حتى تطلع الثريا وذلك لاثنتي عشرة ليلة خلت من ايار وهو ما يروى وهو قول ابن عمر أيضا سئل عن قول رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع الثمار حتى تنجو من العاهات فقال عبد الله بن عمر ذلك وقت طلوع الثريا وروى عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال إذا طلع النجم صباحا رفعت العاهات عن أهل البلد وروى ابن القاسم عن مالك أنه لا بأس أن يباع الحائط وإن لم يزه ما إذا أزهى ما حوله من الحيطان إذا كان الزمان قد أنت في العاهة يريد والله أعلم طلوع الثريا إلا أن الشهور عنه أنه لا يباع حائط حتى يبدو فيه الزهو وقد قيل أنه لا يعتبر

مع الازهاء طلوع الثريا فالمحصل في بدو الصلاح للعلماء ثلاثة أقوال قول انه الازهاء وهو المشهور وقول انه طلوع الثريا وإن لم يكن في الحائط في حين البيع ازهاء وقول الأمران جميعا وعلى المشهور من اعتبار الازهاء يقول مالك أنه اذا كان في الحائط الواحد بعينه أجناس من الثمر مختلفة الطيب لم يبع كل نصف منها الا بظهور الطيب فيه وخالفه في ذلك الليث وأما الأنواع المتقاربة الطيب فيجوز عنده بيع بعضها بطيب البعض وبدو الصلاح للمعتبر عن مالك في الصنف الواحد من الثمر هو وجود الازهاء في بعضه لافي كله اذا لم يكن ذلك الازهاء مبكرا في بعضه تبكيرا يتراسخ عنه البعض بل اذا كان متتابعا لأن الوقت الذي تنجو الثمرة فيه في الغالب من العاهات هو اذا بدا الطيب في الثمرة ابتداء متناسقا غير منقطع وعند مالك انه اذا بدا الطيب في نخلة بستان جازي يبيع ويبيع البستان المجاورة له اذا كان نخل البستانين من جنس واحد وقال الشافعي لا يجوز الا ببيع نخل البستان الذي يظهر فيه الطيب فقط ومالك اعتبر الوقت الذي تؤمن فيه العاهة اذا كان الوقت واحدا للنوع الواحد والشافعي اعتبر نقصان خلقه الثمر وذلك انه اذا لم يطب كان من بيع ما لم يخلق وذلك ان صفة الطيب فيه وهي مشتراه لم تخلق بعد لكن هذا كما قال لا يشترط في كل ثمرة بل في بعض ثمرة واحدة وهذا لم يقل به أحد فهذا هو مشهور ما اختلفوا فيه من بيع الثمار ومن المسموع الذي اختلفوا فيه من هذا الباب ما جاء عنه عليه الصلاة والسلام من النهي عن بيع السنبلي حتى يبيض والعنب حتى يسود وذلك أن العلماء اتفقوا على أنه لا يجوز بيع الخنطة في سنبليها دون السنبلي لأنه يبيع ما لم تعلم صفته ولا كثرته واختلفوا في بيع السنبلي نفسه مع الحب فجوز ذلك جمهور العلماء مالك وأبو حنيفة وأهل المدينة وأهل الكوفة وقال الشافعي لا يجوز بيع السنبلي نفسه وإن اشتد لأنه من باب الغرر وقياسا على بيعه مخلوطا ببنه بعد الدرس وحجة الجمهور شيان الأثر والقياس أما الأثر فاروي عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع النخيل حتى ترهى وعن السنبلي حتى تبيض وتأمّن العاهة نهى البائع والمشتري وهي زيادة على ما رواه مالك من هذا الحديث والزيادة اذا كانت من الثقة مقبولة وروي عن الشافعي أنه لما وصلته هذه الزيادة رجع عن قوله وذلك أنه لا يصح عنده قياس مع وجود الحديث وأما بيع السنبلي اذا أفرك ولم يشتد فلا يجوز عند مالك الأعلى القطع وأما بيع السنبلي غير محصود فقليل عن مالك يجوز وقيل لا يجوز الا اذا كان في حزمه وأما بيعه في بنه بعد الدرس فلا يجوز بلا خلاف فيما أحسب هذا اذا كان جزافا فاما ان كان مكيلا فجاز عند مالك ولا أعرف فيه قول غيره واختلف الذين أجازوا بيع السنبلي اذا طاب على من يكون حصاده ودرسه فقال الكوفيون على البائع حتى يعمل حبا للمشتري وقال غيرهم هو على المشتري ومن هذا الباب ما ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيعتين في بيعة وذلك من حديث ابن عمر وحديث ابن مسعود وأبي هريرة قال أبو عمر وكلهما من نقل العدول فاتفق الفقهاء على القول بموجب هذا الحديث عموما واختلفوا في التفصيل أعني في الصورة التي ينطق عليها هذا الاسم من التي لا ينطق عليها واتفقوا أيضا على بعضها وذلك يتصور على وجوه ثلاثة أحدها أماني مشونين بثنين أو مشون واحد بثنين أو مشونين بثن واحد على أن أحد البيعين قد لزم أماني مشونين بثنين فان ذلك يتصور على وجهين أحدهما أن يقول له أبيعك هذه السلعة بثن كذا على أن تبيعني هذه الدار بثن كذا والثاني

أن يقول له أبيعك هذه السلعة بدينار وهذه الأخرى بدينارين وأما بيع مثون واحد بثمانين فإن ذلك يتصور أيضاً على وجهين أحدهما أن يكون أحد الثمنين نقداً والأخرى سبعة مثل أن يقول له أبيعك هذا الثوب نقداً بعشرة أو إلى أجل بعشرين والوجه الثاني أن يقول له أبيعك هذا الثوب نقداً بثمانين كذا على أن أشتريه منك إلى أجل كذا بثمانين كذا وأما مثونان بثمانين واحد فنقول أن يقول له أبيعك أحد هذين بثمانين كذا فاما الوجه الأول وهو أن يقول له أبيعك هذه الدار بكذا على أن تبني على هذا الغلام بكذا فنفس الشافعي على أنه لا يجوز لأن الثمن في كليهما يكون مجهولاً لأنه لو أفرد المبيعين لم يتفقا في كل واحد منهما على الثمن الذي اتفقا عليه في المبيعين في عقد واحد وأصل الشافعي في رد بيعتين في بيعة أنهما وجهل الثمن والمثون وأما الوجه الثاني وهو أن يقول له أبيعك هذه السلعة بدينار وهذه الأخرى بدينارين على أن البيع قد لزمت في أحدهما فلا يجوز عند الجميع وسواء كان النقد واحداً أو مختلفاً وخالف عبد العزيز بن أبي سلمة في ذلك فاجازه إذا كان النقد واحداً أو مختلفاً وعلته منعه عند الجميع الجهل وعندما لك من باب سد الذرائع لأنه يمكن أن يختار في نفسه أحد الثوبين فيكون قد باع ثوباً وديناراً بثوب ودينار وذلك لا يجوز على أصل مالك وأما الوجه الثالث وهو أن يقول له أبيعك هذا الثوب نقداً بكذا أو سبعة بكذا فهذا إذا كان البيع فيه واجباً فلا خلاف في أنه لا يجوز وأما إذا لم يكن البيع لازماً في أحدهما فاجازه مالك ومنعه أبو حنيفة والشافعي لأنهما افترا على ثمن غير معلوم وجعلهما لك من باب الخيار لأنه إذا كان عنده على الخيار لم يتصور فيه ندم بموجب نحويل أحد الثمنين في الآخر وهذا عند مالك هو المانع فعلة امتناع هذا الوجه الثالث عند الشافعي وأبي حنيفة من جهة جهل الثمن فهو عندهما من يبيع الفرر التي نهى عنها وعلته امتناعه عند مالك سد الثريعة الموجهة للربا لا مكان أن يكون الذي له الخيار قد اختار أولاً انقضاء العقد بأحد الثمنين المؤجل أو المجل ثم بدله ولم يظهر ذلك فيكون قد ترك أحد الثمنين للثمن الثاني فكأنه باع أحد الثمنين بالثاني فيدخله ثمن بثمانين سبعة أو سبعة ومتفاضلاً وهذا كله إذا كان الثمن نقداً وإن كان الثمن غير نقد بل طعاماً دخله وجه آخر وهو بيع الطعام بالطعام متفاضلاً وأما إذا قال أشتري منك هذا الثوب نقداً بكذا على أن تبني على أن تبني فهو عندهم لا يجوز باجتماعه من باب العينة وهو بيع الرجل ما لبس عنده ويدخله أيضاً علة جهل الثمن وأما إذا قال له أبيعك أحد هذين الثوبين بدينار وقدرته أحدهما أهما اختار وافتراق قبل الخيار فإن كان الثوبان من صنفين وهما لا يجوز أن يسلم أحدهما في الثاني فإنه لا خلاف بين مالك والشافعي في أنه لا يجوز وقال عبد العزيز بن أبي سلمة أنه يجوز وعلته المنع الجهل والفرر وأما إن كان من صنف واحد فيجوز عند مالك ولا يجوز عند أبي حنيفة والشافعي وأما مالك فإنه أجاز لأنه يجوز اختيار بعد عقد المبيع في الأصناف المستوية لقلة الفرر عنده في ذلك وأما من لا يجيزه فيعتبره بالفرر الذي لا يجوز لأنهما افترا على بيع غير معلوم بالجللة فالفقهاء متفقون على أن الفرر الكثير في المبيعات لا يجوز وأن القليل يجوز ويختلفون في أشياء من أنواع الفرر فبعضهم يلحقها بالفرر الكثير وبعضهم يلحقها بالفرر القليل المباح لتردها بين القليل والكثير فإذا قلنا بالاجواز على مذهب مالك فقبض الثوب من (٧) المشتري على أن يختار فهلك أحدهما وأصابه عيب فنصيبه ذلك فقيل تكون المصيبة بينهما وقيل بل يضمه كله المشتري الآن تقوم البيئة على هلاكه وقيل فرق في ذلك بين الثياب وما يغلب عليه

وبين ما لا يغلب عليه كالعبد فيضمن فيما يغلب عليه ولا يضمن فيما لا يغلب عليه وأما هل يلزمه أخذ الباقي قيل يلزم وقيل لا يلزم وهذا يذكر في أحكام البيوع وينبغي أن نعلم أن المسائل الداخلة في هذا المعنى هي أما عند فقهاء الأمصار فمن باب الغرر وأما عند مالك فنها ما يكون عنده من باب ذرائع الربا ومنها ما يكون من باب الغرر فهذه هي المسائل التي تتعلق بالمنطوق به في هذا الباب وأما منهي عن بيع التنايا وعن بيع وشروط فهو وإن كان سببه الغرر فلا شبهة أن يذكرها في المبيعات الفاسدة من قبل الشروط

فصل وأما المسائل المسكوت عنها في هذا الباب المختلف فيها بين فقهاء الأمصار فكثيرة لكن نذكر منها أشهرها لتكون كالقانون للجهت النظر (مسئلة) المبيعات على نوعين مبيع حاضر مرث فهذا لأخلاف في بيعه ومبيع غائب أو متعذر الرؤية فهنا اختلف العلماء فقال قوم بيع الغائب لا يجوز بحال من الأحوال لا وصف ولا م يوصف وهذا أشهر قول الشافعي وهو المنصوص عند أصحابه أعني أن بيع الغائب على الصفة لا يجوز وقال مالك وأكثر أهل المدينة يجوز بيع الغائب على الصفة إذا كانت غيبته مما يؤمن أن تتغير فيه قبل القبض صفته وقال أبو حنيفة يجوز بيع العين الغائبة من غير صفة ثم إذا رآها لغيره فإن شاء أنفذ البيع وإن شاء رده وكذلك المبيع على الصفة من شرطه عندهم خيار الرؤية وإن جاء على الصفة وعند مالك أنه إذا جاء على الصفة فهو لازم وعند الشافعي لا ينقذ البيع أصلا في الموضعين وقد قيل في المذهب يجوز بيع الغائب من غير صفة على شرط الخيار خيار الرؤية وقيل ذلك في المدونة وأنكره عبد الوهاب وقال هو مخالف لأصولنا وسبب الخلاف هل نقصان العلم المتعلق بالصفة عن العلم المتعلق بالحس هو جهل مؤثر في بيع الشيء فيكون من الغرر الكثير أم ليس بمؤثر وأنه من الغرر اليسير المعفوع عنه فالشافعي رأى من الغرر الكثير ومالك رأى من الغرر اليسير وأما أبو حنيفة فانه رأى أنه إذا كان له خيار الرؤية أنه لا غرر هناك وإن لم تكن للرؤية وأما مالك فرأى أن الجهل المقترب بعدم الصفة مؤثر في انعقاد البيع ولا خلاف عند مالك أن الصفة إنما تنوب عن المعاينة لمكان غيبة المبيع أو لمكان المشقة التي في نشره وما يخاف أن يلحقه من الفساد بتكرار النشر عليه ولهذا أجاز البيع على البرنامج على الصفة ولم يجز عنده بيع السلاح في جرابه ولا الثوب المطوى في طيه حتى ينشأ وينظر إلى ما في جرابها واحتج أبو حنيفة بما روى عن ابن المسيب أنه قال قال أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم ودنا أن عثمان بن عفان وعبد الرحمن بن عوف تباعا حتى نعلم أيهما أعظم جدا في التجارة فاشتري عبد الرحمن من عثمان بن عفان فرسا بأرض له أخرى بأربعين ألفا وأربعة آلاف فذكر تمام الخبر وفيه بيع الغائب مطلقا ولا بد عند أبي حنيفة من اشتراط الجنس ويدخل البيع على الصفة أو على خيار الرؤية من جهة ما هو غائب غررا آخر وهو هل هو موجود وقت العقد أو معدوم ولذلك اشترطوا فيه أن يكون قريب الغيبة الآن يكون مأمونا كالعقار ومن هنا أجاز مالك بيع الشيء برؤية متقدمة أعني إذا كان من القرب بحيث يؤمن أن تتغير فيه فاعلمه (مسئلة) وأجمعوا على أنه لا يجوز بيع الأعيان إلى أجل وإن شرطها تسليم المبيع إلى المشتري بآثر عقد الصفة الآن مالكا وربيعة وطائفة من أهل المدينة أجازوا بيع الجارية بالريعة على شرط المواضعة ولم يجزوا فيها النقد كما لم يجزه مالك في بيع الغائب وإنما منع ذلك الجمهور لما يدخله من الدين بالدين ومن عدم التسليم ويشبه أن يكون بيع الدين بالدين من هذا الباب أعني لما يتعلق بالغرر

من عدم التسليم من الطرفين لامن باب الربا وقد تكلمنا في علة الدين بالدين ومن هذا الباب ما كان يرى ابن القاسم أنه لا يجوز أن يأخذ الرجل من غريمه في دين له عليه ثمراً فبدأ صلاحه وبراءه من باب الدين بالدين وكان أشهب يجهز ذلك ويقول إنما الدين بالدين مالم يشرع في قبض شيء منه أعنى أنه كان يرى أن قبض الاوائل من الأثمان يقوم مقام قبض الاواخر وهو القياس عند كثير من المالكيين وهو قول الشافعي وأبي حنيفة (مسئلة) أجمع فقهاء الامصار على بيع الثمر الذي يثمر بطناً واحداً يطيب بعضه وإن لم تطب جلته معا واختلفوا فيما يثمر بطوناً مختلفة وتحصيل مذهب مالك في ذلك أن البطون المختلفة لا تخلو أن تتصل أو لا تتصل فإن لم تتصل لم يكن بيع مالم يتخلق منها دخلاً فيما خلق كشجر التين يوجد فيه الباكور والعصير ثم ان اتصلت فلا تخلو أن تميز البطون أولاً ولا تميز فثال المقيد جز القصيل الذي يجر مدة بعد مدة ومثال غير المقيد المباطخ والمقاني والباذنجان والقرع في الذي يميز عنه وينفصل روايتان احدهما الجواز والاخرى المنع وفي الذي يتصل ولا يميز قول واحد وهو الجواز وخالفه الكوفيون وأحمد واسحق والشافعي في هذا كله فقالوا لا يجوز بيع بطن منها بشرط بطن آخر وحنة مالك فيها لا يميز أنه لا يمكن حبس أوله على آخره فجاز أن يباع مالم يتخلق منها مع ما خلق وبدأ صلاحه أصله جواز بيع مالم يطب من الثمر مع ما طاب لان الغرر في الصفة شبهه بالغرر في عين الشيء وكأنه رأى أن الرخصة ههنا يجب أن تقاس على الرخصة في بيع الثمار أعنى ما طاب مع مالم يطب لموضع الضرورة والاصل عنده أن من الغرر ما يجوز لموضع الضرورة ولذلك منع على احدي الروايتين عنده بيع القصيل بطناً أكثر من واحد لانه لا ضرورة هناك اذا كان مقبلاً وأما وجه الجواز في القصيل فتشبيهه بما لا يميز وهو ضعيف وأما الجمهور فان هذا كله عندهم من بيع مالم يتخلق ومن باب انتهى عن بيع الثمار معاومة والفت والجوز والكرب جائز عند مالك يبيعه اذا بدأ صلاحه وهو استحقاقه لالكل ولم يميزه الشافعي الا مقولاً لانه من باب بيع المغيب ومن هذا الباب بيع الجوز واللوز والبقلا في قشره أجازة مالك ومنعه الشافعي والسبب في اختلافهم هل هو من الغرر المؤثر في البيع أو ليس من المؤثر وذلك انهم اتفقوا أن الغرر ينقسم بهذين القسمين وان غير المؤثر هو اليسير أو الذي تدعو اليه الضرورة أو ما جمع الامرين ومن هذا الباب بيع السمك في الغدير أو البركة اختلفوا فيه أيضاً فقال أبو حنيفة يجوز ومنعه مالك والشافعي فيما أحسب وهو الذي تقتضي أصوله ومن ذلك بيع الأبق أجازة قوم باطلاق ومنعه قوم باطلاق ومنهم الشافعي وقال مالك اذا كان معلوم الصفة معلوم الموضع عند البائع والمشتري جاز وأظنه اشترط أن يكون معلوم الا باق ويتواضعان الثمن أعنى أنه لا يقبضه البائع حتى يقبضه المشتري لانه يتردد عند العقد بين بيع وسلف وهذا أصل من أصوله يمنع به النقد في بيع المواضع وفي بيع الغائب غير المأمون وفيما كان من هذا الجنس ومن قال بجواز بيع الأبق والبعير الشارد عثمان البتي والحجة للشافعي حديث شهر بن حوشب عن أبي سعيد الخدري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن شراء العبد الأبق وعن شراء مافي بطون الانعام حتى تضع وعن شراء مافي ضرعها وعن شراء الغنم حتى تقسم وأجاز مالك بيع لبن الغنم أيأما معدودة اذا كان ما يحلب منها معروف في العادة ولم يميز ذلك في الشاة الواحدة وقال سائر الفقهاء لا يجوز ذلك الا بكيل معلوم بعد الحلب ومن هذا الباب منع مالك بيع اللحم في جلده ومن هذا الباب بيع المريض

أجازه مالك الآن يكون ميؤسامة ومنعه الشافعي وأبو حنيفة وهي رواية أخرى عنه ومن هذا الباب بيع تراب المعدن والصواغين فأجاز مالك بيع تراب المعدن بنقد بخلافه أو بعرض ولم يجز بيع تراب الصاغة ومنع الشافعي البيع في الأمرين جميعاً وأجازه قوم في الأمرين جميعاً وبه قال الحسن البصري فهذه هي البيوع التي تختلف فيها أكثر ذلك من قبل الجهل بالكيفية وأما اعتبار الكمية فانهم اتفقوا على أنه لا يجوز أن يباع شيء من المكيل أو الموزون أو المعدود أو الممسوح الآن يكون معلوم القدر عند البائع والمشتري واتفقوا على أن العلم الذي يكون بهذه الأشياء من قبل الكيل المعلوم أو الصنوج المعلوم مؤثر في صحة البيع في كل ما كان (٧) معلوم الكيل والوزن عند البائع والمشتري من جميع الأشياء المكيلة والموزونة والمعدودة والممسوحة وأن العلم بمقادير هذه الأشياء التي تكون من قبل الخرز والتخمين وهو الذي يسمونه الخراف يجوز في أشياء وينع في أشياء وأصل منهج مالك في ذلك أنه يجوز في كل ما المقصود منه الكثرة لا أحاده وهو عند علي أصناف منها ما أصله الكيل ويجوز جزأفاً وهي المكيات والموزونات ومنها ما أصله الخراف ويكون مكيلاً وهي المسوحات كالأرضين والثياب ومنها ما لا يجوز فيها التقدير أصلاً بالكيل والوزن بل إنما يجوز فيها العدد فقط ولا يجوز بيعها جزأفاً وهي كالألوان التي المقصود منها أحاد أعيانها وعندما لك أن التبر والقضة الغير مسكوكين يجوز بيعها جزأفاً ولا يجوز ذلك في الدراهم والدنانير وقال أبو حنيفة والشافعي يجوز بكرة ويجوز عندما لك أن تباع الصبرة المجهولة على الكيل أي كل كيل منها بكذا فما كان فيهما من الأكيل وقم من تلك القصة بعد كيلها والعلم بمبلغها وقال أبو حنيفة لا يلزم إلا في كيل واحد وهو الذي سمي به ويجوز هذا البيع عندما لك في العيينة الثياب وفي الطعام ومنعه أبو حنيفة في الثياب والعبيد ومنع ذلك غيره في الكل فيما أحسب للجهل بمبلغ الثمن ويجوز عندما لك أن يصدق المشتري البائع في كيلها إذا لم يكن البيع نسبته لأنه يهتمه أن يكون صدقه لينظره بالثمن وعند غيره لا يجوز ذلك حتى يكاملها المشتري لنهي صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان وأجازه قوم على الإطلاق ومنعه أبو حنيفة والشافعي وأحمد ومن أجازه بإطلاق عطاء بن أبي رباح وابن أبي مليكة ولا يجوز عندما لك أن يعلم البائع الكيل وبيعه المكيل جزأفاً عن بجهل الكيل ولا يجوز عند الشافعي وأبي حنيفة والمزانية المنهي عنها هي عندما لك من هذا الباب وهي بيع مجهول الكمية بمجهول الكمية وذلك أما في الربويات فلموضع التفاضل وأما في غير الربويات فلعدم تحقق القدر

باب الرابع في بيع الشروط والثياب

وهذه البيوع الفاسد الذي يكون فيها هو راجع إلى الفساد الذي يكون من قبل الغرر ولكن لما تضمنها النص وجب أن تجعل قسماً من أقسام البيوع الفاسدة على حدة والأصل في اختلاف الناس في هذا الباب ثلاثة أحاديث أحدها حديث جابر قال ابتاع مني رسول الله صلى الله عليه وسلم بعيراً شرط ظهره إلى المدينة وهذا الحديث في الصحيح والحديث الثاني حديث بريدة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ولو كان مائت شرط والحديث متفق على صحته والثالث حديث جابر قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المحاقلة والمزانية والمخابرة والمعاومة والثياب ورخص في العرايا وهو أيضاً في الصحيح خرجه مسلم ومن هذا الباب ما روى عن أبي حنيفة أنه روى أن رسول الله (٧) هكذا بالنسخ ولعله غير معلوم فلي تأمل اه مصححه

صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشروط فاختلف العلماء لتعارض هذه الاحاديث في بيع وشروط قال
 قوم البيع فاسد والشروط فاسد ومن قال بهذا القول الشافعي وأبو حنيفة وقال قوم البيع جائز والشروط
 جائز ومن قال بهذا القول ابن أبي شبرمة وقال قوم البيع جائز والشروط باطل ومن قال بهذا القول ابن أبي
 ليلى وقال أحد البيع جائز مع شرط واحد وأما مع شرطين فلا فن أبطل البيع والشروط أخذ بعموم
 نهيه عن بيع وشروط ولعموم نهيه عن الثنيا ومن أجازهما جميعا أخذ بحديث جابر الذي ذكر فيه البيع
 والشروط ومن أجاز البيع وأبطل الشرط أخذ بعموم حديث بريرة ومن لم يجز الشرطين وأجاز الواحد
 احتج بحديث عمرو بن العاص خرج أبو داود قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يجعل سلف وبيع
 ولا يجوز شرطان في بيع ولا ربح مالم تضمن ولا بيع ماليس هو عندك وأما مالك فالشروط عنده ينقسم
 ثلاثة أقسام شروط تبطل هي والبيع معا وشروط تجوز هي والبيع معا وشروط تبطل ويثبت البيع
 وقد يظن ان عنده قسمان اربعة وهوان من الشروط ما ان تمسك المشتري بشرطه بطل البيع وان تركه جاز
 البيع واعطاء فروق بينه وبين هذه الاصناف الاربعة عسير وقدرام ذلك كثير من الفقهاء
 وانما هي راجعة الى كثرة ما يتضمن الشروط من صنفي الفساد الذي يخل بصحة البيوع وهما بالوالفرر
 والى قلته والى التوسط بين ذلك والى ما يفيد نقضه في الملك فما كان دخول هذه الاشياء فيه كثيرا من
 قبل الشرط أبطله وأبطل الشرط وما كان قليلا أجازته وأجاز الشرط فيها وما كان متوسطا أبطل الشرط
 وأجاز البيع ويرى أصحابه ان منهجه هو أولى المذاهب اذ منهجه تجمع الاحاديث كلها والجمع عندهم
 أحسن من الترجيح وللتأخرين من أصحاب مالك في ذلك تفصيلات متقاربة وأحد من له ذلك جدي
 والمأزري والباقي وتفصيله في ذلك ان قال ان الشرط في المبيع يقع على ضربين أولين أحدهما ان
 يشترطه بعد انقضاء الملك مثل من يبيع الامة والعبد ويشترط انه متى عتق كان له ولأولاه دون المشتري
 فبطل هذا قالوا يصح فيه العقد ويبطل الشرط لحديث بريرة والقسم الثاني ان يشترط عليه شرط يقع
 في مدة الملك وهذا قالوا ينقسم الى ثلاثة أقسام اما ان يشترط في المبيع منفعة لنفسه واما ان يشترط على
 المشتري منعا من تصرف عام أو خاص واما ان يشترط ايقاع معنى في المبيع وهذا أيضا ينقسم الى قسمين
 أحدهما ان يكون معنى من معاني البر والثاني ان يكون معنى ليس فيه من البرئى فأما اذا اشترط لنفسه
 منفعة يسيرة لا تعود بمنع التصرف في أصل المبيع مثل ان يبيع الدار ويشترط سكنا هامة يسيرة مثل
 الشهر وقيل السنة فذلك جائز على حديث جابر واما ان يشترط منعا من تصرف خاص أو عام فذلك
 لا يجوز لانه من الثنيا مثل ان يبيع الامة على ان لا يبطأها ولا يبيعها واما ان يشترط معنى من معاني البر
 مثل العتق فان كان اشترط تحجيله جاز عنده وان تأخر لم يجز لعظم الفرر فيه وبقول مالك في اجازة
 البيع بشرط العتق المجمل قال الشافعي على ان من قوله منع بيع وشروط وحديث جابر عنده مضطرب
 اللفظ لان في بعض رواياته انه باعه واشترط ظهره الى المدينة وفي بعضها انه أعاره ظهره الى المدينة ومالك
 رأى هذا من باب الفرر اليسير فأجازته في المدة القليلة ولم يجزه في الكثيرة وأما أبو حنيفة فعلى أصله في منع
 ذلك واما ان اشترط معنى في المبيع ليس ير مثل أن لا يبيعها فذلك لا يجوز عند مالك وقيل عنه البيع

مفسوخ وقيل بل يبطل الشرع معه ، ومن قال له البائع متى جئتك بالثمن رددت على المبيع فانه لا يجوز عند مالك لانه يكون مترددا بين البيع والسلف ان جاء بالثمن كان سلفا وان لم يجئ كان بيعا واختلف في المذهب هل يجوز ذلك في الاقالة أم لا فمن رأى ان الاقالة بيع فسخها عنده ما يفسخ سائر البيوع ومن رأى انها فسخ فرق بينها وبين البيوع واختلف أيضا في بيع شيئا بشرط أن لا يبيعه حتى ينتصف من الثمن فقيل عن مالك يجوز ذلك لان حكمه حكم الرهن ولا فرق في ذلك بين أن يكون الرهن هو المبيع أو غيره وقيل عن ابن القاسم لا يجوز ذلك لانه شرط يمنع المبتاع التصرف في المبيع للمدة البعيدة التي لا يجوز للبائع اشتراط المنفعة فيها فوجب ان يمنع صحة البيع ولذلك قال ابن المواز انه جائز في الامد القصير ومن المسموع في هذا الباب نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع وسلف اتفق الفقهاء على انه من البيوع الفاسدة واختلفوا اذا ترك الشرط قبل القبض فتنعه أبو حنيفة والشافعي وسائر العلماء وأجازاه مالك وأصحابه الا محمد بن عبد الحكم وقدرى عن مالك مثل قول الجمهور وحجة الجمهور ان النهي يتضمن فساد النهي عنه مع ان الثمن يكون في المبيع مجهولا لا اقتران السلف به وقدرى ان محمد بن أحمد بن سهل البرمكي سأل عن هذه المسئلة اسماعيل بن اسحق المالكي فقال لما الفرق بين السلف والبيع وبين رجل باع غلاما بمائة دينار وزق خمر فلما عقد البيع قال أنا أدع الزق قال وهذا البيع مفسوخ عند العلماء باجتماع فاجاب اسماعيل عن هذا الجواب لا تقوم به حجة وهو ان قال له الفرق بينهما ان مشروط السلف هو مخير في تركه أو عدم تركه وليس كذلك مسئلة زق الخمر وهذا الجواب هو نفس الشيء الذي طولب فيه بالفرق وذلك انه يقال له لم كان هنا مخيرا ولم يكن هناك مخيرا في ان يترك الزق ويصح البيع والاشبه ان يقال ان التحريم ههنا لم يكن لشيء محرم بعينه وهو السلف لان السلف مباح وانما وقع التحريم من أجل الاقتران أعنى اقتران البيع به وكذلك البيع في نفسه جائز وانما امتنع من قبل اقتران الشرط به وهنالك انما امتنع البيع من أجل اقتران شيء محرم لعينه به لانه شيء محرم من قبل الشرط ونكتة المسئلة هل اذا لحق الفساد بالبيع من قبل الشرط يرتفع الفساد اذا ارتفع الشرط أم لا يرتفع كما لا يرتفع الفساد الا لاحق للبيع الحلال من أجل اقتران المحرم العين به وهذا أيضا ينبغي على أصل آخر هو هل هذا الفساد حكمي أم معقول فان قلنا حكمي لم يرتفع بارتفاع الشرط وان قلنا معقول ارتفع بارتفاع الشرط فمالك رآه معقولا والجمهور رأوه غير معقول والفساد الذي يوجد في بيع الربا والغرر هو أكثر ذلك حكمي ولذلك ليس ينقصد عندهم أصلا وان ترك الربا بعد البيع أو ارتفع الغرر واختلفوا في حكمه اذا وقع على ماسأى في أحكام البيوع الفاسدة ومن هذا الباب بيع العربان بجمهور علماء الامصار على انه غير جائز وحكى عن قوم من التابعين انهم أجازوه منهم مجاهد وابن سيرين ونافع ابن الحرث وزيد بن أسلم وصورته ان يشتري الرجل شيئا فيدفع الى المبتاع من ثمن ذلك المبيع شيئا على انه ان نفذ البيع بينهما كان ذلك المدفوع من ثمن السلعة وان لم ينفذ ترك المشتري ذلك الجزء من الثمن عند البائع ولم يطالب به وانما صار الجمهور الى منعه لانه من باب الغرر والمخاطرة وأكل المال بغير عوض وكان زيد يقول أجازاه رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال أهل الحديث ذلك غير معروف عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي الاستثناء مسائل مشهورة من هذا الباب اختلف الفقهاء فيها

أعني هل تدخل تحت النهي عن الثنيا أم ليس تدخل فن ذلك أن يبيع الرجل حاملا ويستثنى مافي بطنها
لجمهور فقهاء الامصار مالك وأبو حنيفة والشافعي والثوري على انه لا يجوز وقال أحمد وأبو نؤر
وداود ذلك جائز وهو مروي عن ابن عمر وسبب الخلاف هل المستثنى مبيع مع ما استثنى منه أم ليس
بمبيع وانما هو باق على ملك البائع فن قال مبيع قال لا يجوز وهو من الثنيا النهي عنها لما فيها من الجهل
بصفته وقلة الثقة بسلامة خروجه ومن قال هو باق على ملك البائع أجاز ذلك وتحصيل من ذهب مالك
فمن باع حيوانا واستثنى بعضه ان ذلك البعض لا يتخلو ان يكون شائعا ومعينا ومقدرا فان كان شائعا
فلا خلاف في جوازه مثل ان يبيع عبدا الاربعه وأمان كان معينا فلا يتخلو ان يكون مغيبا مثل الجنين
أو يكون غير مغيب فان كان مغيبا فلا يجوز وان كان غير مغيب كالرأس واليد والرجل فلا يتخلو
الحيوان ان يكون مما يستباح ذبحه أولا يكون فان كان مما لا يستباح ذبحه فانه لا يجوز لانه لا يجوز
ان يبيع أحد غلاما ويستثنى رجله لان حقه غير مقبض ولا متبعض وذلك مما لا خلاف فيه وان كان
الحيوان مما يستباح ذبحه فان باعه واستثنى منه عضوا له قبة بشرط الذبح في المذهب فيه قولان
أحدهما انه لا يجوز وهو المشهور والثاني يجوز وهو قول ابن حبيب جوز بيع الشاة مع استثناء القوائم
والرأس وأما اذا لم يكن للمستثنى قيمة فلا خلاف في جوازه في المذهب ووجه قول مالك انه ان كان
استثناءه بجلده فتحته الجلد مغيب وان كان لم يستثنه بجلده فانه لا يدرى بأي صفة يخرج له بعد كشط
الجلد عنه ووجه قول ابن حبيب انه استثنى عنه أو معينا معلوما فلم يضره ما عليه من الجلد أصله شراء
الحب في سنبله والجوز في قشره وأمان كان المستثنى من الحيوان بشرط التزج اما عرفا واما لفظا
به جزأ مقدرا مثل أرتال من جزور فعن مالك في ذلك روايتان احدهما المنع وهي رواية ابن وهب
والثانية الاجازة في الارطال اليسيرة فقط وهي رواية ابن القاسم وأجمعوا من هذا الباب على جواز بيع
الرجل ثم حاطه واستثناء نخلات معينات منه قياسا على جواز شرائها واتفقوا على انه لا يجوز ان
يستثنى من حائط له عدة نخلات غير معينات الا بتعيين المشتري لها بعد البيع لانه يبيع ما يراه المتبايعان
واختلفوا في الرجل يبيع الحائط ويستثنى منه عدة نخلات بعد البيع فتعنه الجمهور لمكان اختلاف
صفة النخيل وروى عن مالك اجازته ومنع ابن القاسم قوله في النخلات وأجازه في استثناء الغنم
وكذلك اختلف قول مالك وابن القاسم في شراء نخلات معدودة من حائطه على ان يعينها بعد الشراء
المشتري فأجازه مالك ومنعه ابن القاسم وكذلك اختلفوا اذا استثنى البائع مكيلة من حائط قال أبو عمر
ابن عبد البر فنع ذلك فقهاء الامصار الذين تدور الفتوى عليهم وألفت الكتب على مذاهم لانه صلى الله
عليه وسلم عن الثنياني البيع لانه استثناء مكييل من جزاف وأما مالك وسلفه من أهل المدينة فانهم
أجازوا ذلك فيادون الثلث ومنعوه فيما فوقه وجاؤا النهي عن الثنيا على ما فوق الثلث وشبهوا بيع
ماعد المستثنى ببيع الصبرة التي لا يعلم مبلغ كيلها فتباع جزافا ويستثنى منها كيل ما هوذا الاصل أيضا
مختلف فيه أعني اذا استثنى منها كيل معلوم واختلف العلماء من هذا الباب في بيع واجارة معاني عدد
واحد فأجازه مالك وأصحابه ولم يجزئه الكوفيون ولا الشافعي لان الثمن يرون انه يكون حينئذ مجهولا
ومالك يقول اذا كانت الاجارة معلومة لم يكن الثمن مجهولا ورب عاراة الذين منعه من باب بيعتين

في بيعه وأجمعوا على أنه لا يجوز السلف والبيع كما قلنا واختلف قول مالك في إجازة السلف والشركة
فمرة أجاز ذلك ومرة منعه وهذه كلها اختلف العلماء فيها لاختلافها بالآقل والاكثر في وجود علل
المنع فيها المنصوص عليها فن قويت عنده علة المنع في مسألة منها منعها ومن لم تقو عنده أجازها وذلك
راجع إلى ذوق المجتهد لأن هذه المواد يتجاذب القول فيها إلى الضدين على السواء عند النظر فيها ولعل
في أمثال هذه المواد يكون القول بتصويب كل مجتهد صوابا ولهذا ذهب بعض العلماء في أمثال هذه
المسائل إلى التخيير

باب الخامس في البيوع المنهية عنها من أجل الضرر والغبن

والمسموع من هذا الباب مائت من نهيه صلى الله عليه وسلم عن أن يبيع الرجل على بيع أخيه
وعن أن يسوم أحد على سوم أخيه ونهيه عن تلقي الركبان ونهيه عن أن يبيع حاضر لباد ونهيه عن
التنجش وقد اختلف العلماء في تفصيل معاني هذه الآثار اختلافا ليس بمتباعده فقال مالك معنى قوله
عليه الصلاة والسلام لا يبيع بعضكم على بيع بعض ومعنى نهيه عن أن يسوم أحد على سوم أخيه
واحد وهي في الحالة التي إذا ركن البائع فيها إلى السائم ولم يبق بينهما الاثنى يسير مثل اختيار الذهب
أو اشتراط العيوب أو البراءة منها وبمثل تفسير مالك فسر أبو حنيفة هذا الحديث وقال الثوري معنى
لا يبيع بعضكم على بيع بعض أن لا يطرأ رجل آخر على المتبايعين فيقول عندئذ خير من هذه السلعة
ولم يجد وقت ركوب ولا غيره وقال الشافعي معنى ذلك إذا تم البيع باللسان ولم يفتقا فأتى أحد يعرض
عليه سلعة هي خير منها وهذا بناء على مذهبه في أن البيع انما يزم بالاتفاق فهو ومالك متفقان على
أن النهي انما يتناول حالة قرب لزوم البيع ومختلفان في هذه الحالة ما هي لاختلافهما فيما به يكون اللزوم
في البيع على ما سنذكره بعد وفقهاء الأمصار على أن هذا البيع يكره وإن وقع مضى لأنه سوم على بيع
لم يتم وقال داود وأصحابه إن وقع ففسخ في أي حالة وقع تمسكا بالعموم وروى عن مالك وعن بعض أصحابه
فسخه ما لم يفت وأنكر ابن الماجشون ذلك في البيع فقال وانما قال بذلك مالك في النكاح وقد تقدم
ذلك واختلفوا في دخول الذمي في النهي عن سوم أحد على سوم غيره فقال الجمهور لا فرق في ذلك بين
الذمي وغيره وقال الأوزاعي لا بأس بالسوم على سوم الذمي لأنه ليس بأخي المسلم وقد قال صلى الله عليه
وسلم لا يسوم أحد على سوم أخيه ومن ههنا منع قوم بيع الزائدة وإن كان الجمهور على جوازها وسبب
اختلاف بينهم هل يحمل هذا النهي على الكراهة أو على الحظر ثم إذا حمل على الحظر فهل يحمل على
جميع الأحوال أو في حالة دون حالة

فصل في ما نهيه عن تلقي الركبان للبيع فاختلفوا في مفهوم النهي ما هو فرأى مالك أن المقصود بذلك
أهل الأسواق لا ينفرد المتلقي برخص السلعة دون أهل الأسواق ورأى أنه لا يجوز أن يشتري أحد
سلعة حتى تدخل السوق هذا إذا كان التلقي قريبا فإن كان بعيدا فلا بأس به وحده القرب في المذهب
بنحو من ستة أميال ورأى أنه إذا وقع جاز ولكن يشترك المشتري أهل الأسواق في تلك السلعة التي
من شأنها أن يكون ذلك سوقها وأما الشافعي فقال إن المقصود بالنهي انما هو لاجل البائع لئلا يغبنه
المتلقي لأن البائع يجهل سعر البلد وكان يقول إذا وقع قرب السلعة بالخيار إن شاء أنفذ البيع أو رده

ومذهب الشافعي هو نص في حديث أبي هريرة الثابت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال عليه الصلاة والسلام لا تتلقوا الجلب فن تلقى منه شيئاً فاشتراه فصاحبه بالخيار إذا أتى السوق خرجه مسلم وغيره **فصل** وأما نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الحاضر للبادي فاختلف العلماء في معنى ذلك فقال قوم لا يبيع أهل الحضر لاهل البادية قولاً واحداً واختلف عنه في شراء الحضري للبدوي فرة أجازوه وبه قال ابن حبيب ومرة منعه وأهل الحضر عنده هم الامصار وقد قيل عنه أنه لا يجوز ان يبيع أهل القرى لاهل العمود المنتقلين وبمثل قول مالك قال الشافعي والاوزاعي وقال أبو حنيفة وأصحابه لا بأس ان يبيع الحاضر للبادي ويخبره بالسعر وكرهه مالك أعنى أن يخبر الحضري البادي بالسعر وأجازوه الاوزاعي والذين منعهوا اتفقوا على أن القصد بهذا النهي هو إرفاق أهل الحضر لان الاشياء عند أهل البادية أيسر من أهل الحاضرة وهي عندهم أرخص بل أكثر ما يكون مجاناً عندهم أى بغير ثمن فكانهم رأوا أنه يكره ان ينصح الحضري للبدوي وهذا مناقض لقوله عليه الصلاة والسلام الدين النصيحة وبهذا تمسك في جوازه أبو حنيفة وحجة الجمهور حديث جابر خرجه مسلم وأبو داود قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يبيع حاضر لباد ذروا الناس يرزق الله بعضهم من بعض وهذه الزيادة انفرد بها أبو داود فيما أحسب والاشبه ان يكون من باب غبن البدوي لانه ردوا السعر مجعول عنده الا ان ثبت هذه الزيادة ويكون على هذا معنى الحديث معنى النهي عن تلقى الركبان على ما تأوله الشافعي وجاء في الحديث الثابت واختلفوا اذا وقع فقال الشافعي اذا وقع فقد تم وإجاز البيع لقوله عليه الصلاة والسلام دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض واختلف في هذا المعنى أصحاب مالك فقال بعضهم يفسخ وقال بعضهم لا يفسخ

فصل وأما نهيه عليه الصلاة والسلام عن النجش فانفق العلماء على منع ذلك وأن النجش هو أن يبدأ أحد في سلعة وليس في نفسه شراًها يريد بذلك أن ينفع البائع ويضر المشتري واختلفوا اذا وقع هذا البيع فقال أهل الظاهر هو فاسد وقال مالك هو كالعيب والمشتري بالخيار ان شاء أن يرد رد وان شاء أن يمسك أمسك وقال أبو حنيفة والشافعي ان وقع ثم إجاز البيع وسبب الخلاف هل يتضمن النهي فساد المنهي وان كان النهي ليس في نفس الشيء بل من خارج فن قال يتضمن فسخ البيع لم يجزه ومن قال ليس يتضمن إجازة والجمهور على أن النهي اذا ورد لمعنى في المنهي عنه أنه يتضمن الفساد مثل النهي عن الربا والغرر واذا ورد الأمر من خارج لم يتضمن الفساد ويشبه أن يدخل في هذا الباب نهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع الماء لقوله عليه الصلاة والسلام في بعض ألفاظه أنه نهى عن بيع فضل الماء لينع به الكلاء وقال أبو بكر بن المنذر ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الماء ونهى عن بيع فضل الماء لينع به الكلاء وقال لا يمنع رهو بئر ولا بيع ماء واختلف العلماء في تأويل هذا النهي فحمله جماعة من العلماء على عمومهم فقالوا لا يحل بيع الماء بحال كان من بئر أو غدير أو عين في أرض مملكة أو غير مملكة غير أنه ان كان مملوكاً كان أحق بمقدار حاجته منه وبه قال يحيى بن يحيى قال أربيع لأرى أن يمنع من الماء والنار والخطب والكلاء وبعضهم خص هذه الأحاديث لمعارضة الأصول لها وهو أنه لا يحل مال أحد الا بطيب نفس منه كما قال عليه الصلاة والسلام وانعقد عليه الاجماع والذين خصوا هذا المعنى اختلفوا

في جهة تخصيصه فقال قوم معنى ذلك أن البئر يكون بين الشر يكتن بسقي هذا يوما وهذا يوما فيروى زرع أحدهما في بعض يومه ولا يروى في اليوم الذي لشر يكره زرع فيه يجب عليه أن لا يمنع شر يكره من الماء بقية ذلك اليوم وقال بعضهم إنما تأويل ذلك في الذي يزرع على ملأه فتنهار بثره وجارده فضل ماء أنه ليس لجارده أن يمنع فضل مائه إلى أن يصلح بثره والتأويلان قريبان ووجه التأويلين أنهم جاؤا المطلق في هذين الحديثين على المقيد وذلك أنه نهي عن بيع الماء مطلقا ثم نهي عن منع فضل الماء غملاوا المطلق في هذا الحديث على المقيد وقالوا الفضل هو الممنوع في الحديثين وأما مالك فأصل منهجه أن الماء متى كان في أرض مقلقة منبعه فهو لصاحب الأرض له بيعه ومنعه إلا أن يرد عليه قوم لا يمن معهم ويخاف عليهم الهلاك وحمل الحديث على آبار الصحراء التي تتخفى الأرضين الغير مقلقة فرأى أن صاحبها أعنى الذي يحفرها أولى بها فإذا روت ماشيته ترك الفضل للناس وكأنه رأى أن البئر لا تملك بالاحياء ومن هذا الباب التفرقة بين الوالدة ولدها وذلك أنهم اتفقوا على منع التفرقة في المبيع بين الأم ولدها لثبوت قوله عليه الصلاة والسلام من فرق بين والدة ولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة واختلفوا من ذلك في موضعين في وقت جواز التفرقة وفي حكم البيع اذا وقع فاما حكم البيع فقال مالك يفسخ وقال الشافعي وأبو حنيفة لا يفسخ وأثم البائع والمشتري وسبب الخلاف هل النهى يقتضي فساد النهى إذا كان لعل من خارج وأما الوقت الذي ينتقل فيه المنع إلى الجواز فقال مالك حذ ذلك الاثغار وقال الشافعي حذ ذلك سبع سنين أو ثمان وقال الاوزاعي حده فوق عشرة سنين وذلك أنه اذا نفع نفسه واستغنى في حياته عن أمه وبلغ هذا الباب اذا وقع في البيع غبن لا يتغابن الناس بمثله هل يفسخ البيع أم لا فالشهور في المذهب أن لا يفسخ وقال عبد الوهاب اذا كان فوق الثلث رد وحكاه عن بعض أصحاب مالك وجعله عليه الصلاة والسلام اختيارا لصاحب الجلب اذا تلقى خارج المصد دليل على اعتبار الغبن وكذلك ما جعل لمنقذين حبان من الخيار ثلاثا لما ذكره أنه يغبن في البيوع ورأى قوم من السلف الأول أن حكم الوالدة في ذلك حكم الوالدة وقوم رأوا ذلك في الاخوة

❦ الباب السادس في النهى من قبل وقت العبادات ❦

وذلك انما ورد في الشرع في وقت وجوب المشي الى الجمعة فقط لقوله تعالى (اذا نودى للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا الى ذكر الله وذروا البيع) وهذا أمر مجمع عليه فيما أحسب أعنى منع البيع عند الأذان الذي يكون بعد الزوال والامام على المنبر واختلفوا في حكمه اذا وقع هل يفسخ أولا يفسخ فان فسخ فعلى من يفسخ وهل يلحق سائر العقود في هذا المعنى بالبيع أم لا يلحق فالشهور عن مالك أنه يفسخ وقد قيل لا يفسخ وهذا مذهب الشافعي وأبو حنيفة وسبب الخلاف كما قلنا غير مامرة هل النهى الوارد لسبب من خارج يقتضي فساد النهى عنه أولا يقتضيه وأما على من يفسخ فعند مالك على من تجب عليه الجمعة لا على من لا تجب عليه وأما أهل الظاهر فتقتضي أصولهم أن يفسخ على كل بائع وأما سائر العقود فيصح قل أن تلحق بالبيوع لأن فيها المعنى الذي في البيع من الشغل به عن السعي الى الجمعة ويصح قل أن لا يلحق به لأنها تقع في هذا الوقت نادرا بخلاف البيوع وأما سائر الصلوات فيمكن أن تلحق بالجمعة على جهة الندب لم يقرب الوقت فإذا فات فعلى جهة الخطر وان كان لم يقل به أحد في مبلغ علمي ولذلك مسح الله

تاركى البيوع لمكان الصلاة فقال تعالى (رجال لا تلهيهم تجارة ولا بيع عن ذكر الله واقام الصلاة وابتاء الزكاة) واذا قد أثبتت أسباب الفساد العامة للبيوع فلنصر الى ذكر الاسباب والشروط المصححة له وهو القسم الثانى من النظر العام فى البيوع (القسم الثانى) والاسباب والشروط المصححة للبيع هى بالجملة ضد الاسباب المفسدة له وهى منحصرة فى ثلاثة أجناس النظر الأول فى العقد والثانى فى المعقود عليه والثالث فى العاقدين ففى هذا القسم ثلاثة أبواب

﴿ الباب الأول فى العقد ﴾

والعقد لا يصح إلا بالفاظ البيع والشراء التى صيغت لماضية مثل أن يقول البائع قد بعت منك ويقول المشتري قد اشتريت منك واذا قال له يعنى سلعتك بكذا وكذا فقال قد بعتها فعند مالك ان البيع قد وقع وقد لزم المستفهم الآن يأتى فى ذلك بعنر وعند الشافعى أنه لا يتم البيع حتى يقول المشتري قد اشتريت وكذلك اذا قال المشتري للبائع بكم تبيع سلعتك فيقول المشتري بكذا وكذا فقال قد اشتريت منك اختلف هل يلزم البيع أم لا حتى يقول قد بعتها منك وعند الشافعى أنه يقع البيع بالالفاظ الصريحة وبالكأبة ولا ذكر لمالك فى ذلك قولاً ولا يكفى عند الشافعى المعاطاة دون قول ولا خلاف فيما أحسب ان الإيجاب والقبول المؤثرين فى لزوم لا يتراخى أحدهما عن الثانى حتى يفترق المجلس أعنى انه متى قال البائع قد بعت سلعتى بكذا وكذا فسكت المشتري ولم يقبل البيع حتى افترقا ثم أتى بعد ذلك فقال قد قبلت أنه لا يلزم ذلك البائع واختلفوا متى يكون اللزوم فقال مالك وأبو حنيفة وأصحابهما وطائفة من أهل المدينة ان البيع يلزم فى المجلس بالقول وان لم يفترقا وقال الشافعى وأحمد واسحق وأبو ثور وداد وابن عمر من الصحابة رضى الله عنهم البيع لازم بالافتراق من المجلس وانهما مهما لم يفترقا فليس يلزم البيع ولا ينعقد وهو قول ابن أبى ذئب فى طائفة من أهل المدينة وابن المبارك وسوار القاضى وشريح القاضى وجاعة من التابعين وغيرهم وهو مروي عن ابن عمر وأبى بريرة الاسلمى من الصحابة ولا يخالف طهما من الصحابة وجمدة المشترطين لخيار المجلس حديث مالك عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يفترقا الا بيع الخيار وفى بعض روايات هذا الحديث الآن يقول أحدهما لصاحبه اختر وهذا حديث اسناده عند الجميع من أوثق الاسانيد وأصحها حتى لقد زعم أبو محمد ان مثل هذا الاسناد بوقع العلم وان كان من طريق الأحاد وأما المخالفون فقد اضطرب بهم وجه الدليل لمتهمهم فى رد العمل بهذا الحديث فالذى اعقده عليه مالك رحمه الله فى رد العمل به انه لم يقبل عمل أهل المدينة عليه مع أنه قد عارضه عنده مارواه من منقطع حديث ابن مسعود أنه قال إياي عيين تباعا فالقول قول البائع أو يتراد ان فساكنه حل هذا على عمومه وذلك يقتضى أن يكون فى المجلس وبعد المجلس ولو كان المجلس شرطاً فى انعقاد البيع لم يكن محتاج فيه الى تبين حكم الاختلاف فى المجلس لان البيع بعد لم ينعقد ولازم بل بعد الافتراق من المجلس وهذا الحديث منقطع ولا يعارض به الأول وبخاصة أنه لا يعارضه الا مع توهم العموم فيه والا لولى أن يبنى هذا على ذلك وهذا الحديث لم يخرجه أحسن سندا فيما أحسب فهذا هو الذى اعقده مالك رحمه الله فى ترك العمل بهذا الحديث وأما أصحاب مالك فاعتمدوا فى ذلك على ظواهر سمعية وعلى القياس فمن أظهر الظواهر فى ذلك قوله عز وجل

(يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود) والعقد هو الإيجاب والقبول والامر على الوجوب وخيار المجلس
يوجب ترك الوفاء بالعقد لأن له عندهم أن يرجع في البيع بعدما نعم فلم يفترقا وأما القياس فانهم قالوا عقد
معاوضة فلم يكن لخيار المجلس فيه أثر أصله سائر العقود مثل النكاح والكتابة والخلع والرهون والصلح
على دم العمد فله اقليل لهم ان الظواهر التي تحتجون بها بخصوصها الحديث المذكور فلم يبق لكم في مقابلة
الحديث الا القياس فيلزمكم على هذا أن تكونوا ممن يرى تغليب القياس على الاثر وذلك منهج مهجور
عند المالكية وإن كان قد روى عن مالك تغليب القياس على السماع مثل قول أبي حنيفة فاجابوا عن
ذلك بان هذا ليس من باب رد الحديث بالقياس ولا تغليب وانما هو من باب تأويله وصرفه عن ظاهره
قالوا وتأويل الظاهر بالقياس متفق عليه عند الأصوليين قالوا ولنا فيه تأويلان أحدهما ان المتبايعين
في الحديث المذكور هما المتساويان اللذان لم ينفذ بينهما البيع فليل لهم انه يكون الحديث على هذا لا فائدة
فيه لأنه معلوم من دين الامة انهما بالخيار اذ لم يقع بينهما عقد بالقول وأما التأويل الآخر فقالوا ان
التفرق ههنا انما هو كناية عن الافتراق بالقول لا التفرق بالأبدان كما قال الله تعالى (وان يفترقا يغن الله
كلا من سمته) والاعتراض على هذا ان هذا محاجز لاحقيقة وحقيقة هي التفرق بالأبدان ووجه الترجيح
أن يقاس بين ظاهر هذا اللفظ والقياس فيغلب الاقوى والحكمة في ذلك هي لموضع التدم فهذه هي
أصول الركن الأول الذي هو العقد (وأما الركن الثاني) الذي هو المقود عليه فانه يشترط فيه
سلامته من الغرر والربا وقد تقدم المختلف في هذه من المتفق عليه وأسباب الاختلاف في ذلك فلامعنى
لتكراره والغرر ينتفي عن الشيء بأن يكون معلوم الوجود معلوم الصفة معلوم القدر مقدورا على تسليمه
وذلك في الطرفين الثمن والمفنون معلوم الاجل أيضا ان كان يعامؤ بجا (وأما الركن الثالث) وهما
العاقدان فانه يشترط فيهما أن يكونا مالكيين تامي الملك أو وكيلين تامي الوكالة بالغين وأن يكونا مع هذا غير
محبور عليهما أو على أحدهما ما خلق أنفسهما كالسفيه عند من يرى التحجير عليه أو لحق الغير كالعبد
الأأن يكون العبد مأذونا له في التجارة واختلفوا من هذا في بيع الفضولي هل ينقدأ لم لا صورته أن
يبيع الرجل مال غيره بشرط ان رضى به صاحب المال أمضى البيع وان لم يرض ففسخ وكذلك في شراء
الرجل للرجل بغير إذنه على أنه ان رضى المشتري صح الشراء والالم يصح فئنه الشافي في الوجهين جميعا
وأجازة مالك في الوجهين جميعا وقرأ أبو حنيفة بين البيع والشراء فقال يجوز في البيع ولا يجوز في الشراء
وعمدة المالكية ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم دفع الى عروة البارقي ديناراً وقال اشترنا من هذا
الجلب شاة قال فاشترت شاتين بدينار وبعت احدي الشاتين بدينار وجئت بالشاة والدينار فقلت
يا رسول الله هذه شاتكم وديناركم فقال اللهم بارك له في صفقة يمينه ووجه الاستدلال منه أن النبي صلى الله
عليه وسلم لم يأمره في الشاة الثانية لا بالشراء ولا بالبيع فصار ذلك حجة على أبي حنيفة في صحة الشراء للغير
وعلى الشافي في الأمرين جميعا وعمدة الشافي النهي الوارد عن بيع الرجل ما ليس عنده والمالكية تحمله
على بيعه لنفسه لا لغيره قالوا والدليل على ذلك ان النهي انما ورد في حكمين بن حزام وقضيته مشهورة وذلك
انه كان يبيع لنفسه ما ليس عنده وسبب الخلاف المسئلة المشهورة هل اذا ورد النهي على سبب حل على
سببه أو يعم فهذه هي أصول هذا القسم وبالجملة فالنظر في هذا القسم هو منطوق بالقوة في الجزء الأول

ولكن النظر الصناعي الفقهي يقتضى أن يفرد بالتكلم فيه واذا قد تكلمنا في هذا الجزء بحسب غرضنا
فنتصر الى القسم الثالث وهو القول في الأحكام العامة للبيوع الصحيحة

﴿ القسم الثالث القول في الأحكام العامة للبيوع الصحيحة ﴾

وهذا القسم تنحصر أصوله التي لها تعاقب قريب بالمسموع في أربع جل الجلة الاولى في أحكام وجود العيب في المبيعات والجللة الثانية في الضمان في المبيعات متى ينتقل من ملك البائع الى ملك المشتري والثالثة في معرفة الاشياء التي تنبع المبيع مما هي موجودة فيه في حين البيع من التي لا تتبعه والرابعة في اختلاف المتبايعين وان كان الألبق به كتاب الأفضية وكذلك أيضا من أبواب أحكام البيوع الاستحقاق وكذلك الشفعة هي أيضا من الاحكام الطارئة عليه لكن جوت العادة أن يفرد لها كتاب (الجللة الاولى) وهذه الجللة فيها بابان الباب الاول في أحكام وجود العيوب في البيع المطلق والباب الثاني في أحكامها في البيع بشرط البراءة

﴿ الباب الأول في أحكام العيوب في البيع المطلق ﴾

والأصل في وجوب الرد بالعيب قوله تعالى (الآن تكون تجارة عن تراض منكم) وحديث المصراة المشهور ولما كان القائم بالعيب لا يتخلو أن يقوم في عقد يوجب الرد أو يقوم في عقد لا يوجب ذلك ثم اذا قام في عقد يوجب الرد فلا يتخلو أيضا أن يقوم بعيب يوجب حكما أولا يوجبه ثم ان قام بعيب يوجب حكما فلا يتخلو المبيع أيضا أن يكون قد حدث فيه تغير بعد البيع أولا يكون فان كان لم يحدث فاحكمه وان كان حدث فيه فكم أصناف التغيرات وما حكمها كانت الفصول المحيطة باصول هذا الباب خمسة الفصل الاول في معرفة العقود التي يجب فيها بوجود العيب حكم من التي لا يجب ذلك فيها الثاني في معرفة العيوب التي توجب الحكم وما شرطها الموجب للحكم فيها الثالث في معرفة حكم العيب الموجب اذا كان المبيع لم يتغير الرابع في معرفة أصناف التغيرات الحادثة عند المشتري وحكمها الخامس في القضاء في هذا الحكم عند اختلاف المتبايعين وان كان الألبق بكتاب الأفضية

﴿ الفصل الأول من الباب الأول ﴾

أما العقود التي يجب فيها بالعيب حكمه بخلاف فهي العقود التي المقصود منها المعاوضة كما أن العقود التي ليس المقصود منها المعاوضة لا خلاف أيضا في أنه لا تأثير للعيب فيها كالمهاد لغير الثواب والصدقة وأما ما بين هذين الصنفين من العقود أعني ما جمع قصد المكارة والمعاوضة مثل هبة الثواب فالظاهر في المذهب أنه لا حكم فيها بوجود العيب وقد قيل يحكم به اذا كان العيب مفسدا

﴿ الفصل الثاني ﴾

وفي هذا الفصل نظران أحدهما في العيوب التي توجب الحكم والنظر الثاني في الشرط الموجبة (النظر الأول) فالما العيوب التي توجب الحكم فنها عيوب في النفس ومنها عيوب في البدن وهذه منها ما هي عيوب بان تشتت اضرارها في المبيع وهي التي تسمى عيوبها من قبل الشرط ومنها ما هي عيوب توجب الحكم وان لم يشترط وجود اضرارها في المبيع وهذه هي التي فقدتها قص في أصل الخلقة وأما العيوب الاخر فهي التي اضرارها كالات وليس فقدتها نقصا مثل الصناعات وأكثر ما يوجد هذا الصنف

في أحوال النفس وقد يوجد في أحوال الجسم والعيوب الجسمية منها ما هي في أجسام ذوات الانفس ومنها ما هي في غير ذوات الانفس والعيوب التي لها تأثير في العقدهي عند الجميع ما تنقص عن الخلقة الطبيعية وعن الخلق الشرعي نقصان له تأثير في ثمن المبيع وذلك يختلف بحسب اختلاف الازمان والعوائد والاشخاص فربما كان النقص في الخلقة فضيلة في الشرع كاختفاض في الاماء والختان في العبيد ولتقارب هذه المعاني في شئ شئ مما يتعامل الناس به وقع الخلاف بين الفقهاء في ذلك ونحن نذكر من هذه المسائل ما اشتهر الخلاف فيه بين الفقهاء ليكون ما يحصل من ذلك في نفس الفقيه يعود كالقانون والدستور الذي يعمل عليه فيما لم يجد فيه نصا ممن تقدمه أو فيما لم يقف على نص فيه لغيره فن ذلك وجود الزنا في العبيد اختلف العلماء فيه فقال مالك والشافعي هو عيب وقال أبو حنيفة ليس بعيب وهو نقص في الخلق الشرعي الذي هو العفة والزواج عند مالك عيب وهو من العيوب العائقة عن الاستعمال وكذلك الدين وذلك أن العيب بالجملة هو ما عاق فعل النفس أو فعل الجسم وهذا العائق قد يكون في الشئ وقد يكون من خارج وقال الشافعي ليس الدين ولا الزواج بعيب فيما أحسب والخل في الرائحة عيب عند مالك وفي كونه عيبا في الوحش خلاف في المذهب والتصريه عند مالك والشافعي عيب وهو حقن اللبن في الثدي أيلا ما حتى يوهبهم ذلك أن الحيوان ذولين غزير وحجتهم حديث المصراة المشهور وهو قوله صلى الله عليه وسلم لا تصروا الابل والبقر فمن فعل ذلك فهو بخير النظرين ان شاء أسكها وان شاء ردها وصاعلمن تمر قالوا فائتبه الخيار بالرد مع التصرية وذلك دال على كونه عيبا مؤثرا قالوا وأيضا فإنه مدلس فاشبهه التديس بسائر العيوب وقال أبو حنيفة وأصحابه ليست التصرية عيبا للاتفاق على أن الانسان اذا اشترى شاة خخرج لبنها قليلا ان ذلك ليس بعيب قالوا وحديث المصراة يجب أن لا يوجب عملا لمفارقة الاصول وذلك انه مفارق للاصول من وجوه فنها أنه معارض لقوله عليه الصلاة والسلام الخراج بالضمان وهو أصل متفق عليه ومنها ان فيه معارضة منع بيع طعام بطعام نسبيته وذلك لا يجوز باتفاق ومنها أن الأصل في المتلفات اما القيم واما المثل واعطاه صاع من تمر في لبن ليس قبة ولا مثلا ومنها بيع الطعام المجهول أي الجزاف بالمكيل المعلوم لأن اللبن الذي دلس به البائع غير معلوم القدر وأيضا فإنه يقل ويكثر والعوض ههنا محدود ولكن الواجب أن يستثنى ههنا من هذه الأصول كلها الموضع صحة الحديث وهذا كأنه ليس من هذا الباب وانما هو حكم خاص ولكن اطرد اليه القول فلنرجع الى حيث كنا فنقول انه لا خلاف عندهم في العور والعمى وقطع اليد والرجل انها عيوب مؤثرة وكذلك المرض في أي عضو كان أو كان في جملة البدن والشيب في المذهب عيب في الرائحة وقيل لا بأس باليسير منه فيها وكذلك الاستحاضة عيب في الرقيق والوحش وكذلك ارتفاع الحيض عيب في المشهور من المذهب والزرع عيب وأمر اض الحواس والأعضاء كلها عيب باتفاق وبالجملة فأصل المذهب ان كل ما أثر في القبة أعنى نقص منها فهو عيب والبول في القراش عيب وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة ترد الجارية به ولا يراد العبد به والتأنيث في الذكر والتذكير في الأنثى عيب هذا كله في المذهب الاما ذكرنا فيه الاختلاف

(النظر الثاني) وأما شرط العيب الموجب للحكم به فهو أن يكون حادثا قبل أمد التبائع باتفاق وفي العهدة عندهم يقول بها فيجب ههنا أن نذكر اختلاف الفقهاء في العهدة فنقول انفراد مالك

بالقول بالعهد دون سائر فقهاء الأمصار وسلفه في ذلك أهل المدينة الفقهاء السبعة وغيرهم ومعنى العهد ان كل عيب حدث فيها عند المشتري فهو من البائع وهي عند القائلين بهامهتان عهدة الثلاثة الأيام وذلك من جميع العيوب الحادثة فيها عند المشتري وعهدة السنة وهي من العيوب الثلاثة الجذام والبرص والجذون فاحدث في السنة من هذه الثلاث بالمبيع فهو من البائع وماحدث من غيرها من العيوب كان من ضمان المشتري على الأصل وعهدة الثلاث عند المالكية بالجلبة بمنزلة أيام الخيار وأيام الاستبراء والنفقة فيها والضمان من البائع وأما عهدة السنة فالنفقة فيها والضمان من المشتري الا من الادواء الثلاثة وهذه العهدة عند مالك في الرقيق وهي أيضا واقعة في أصناف البيوع في كل ما القصد منه الماكسة والمحركة وكان يباع لافي التمة هذا ما اختلف فيه في المذهب واختلف في غير ذلك وعهدة السنة تحسب عنده بعد عهدة الثلاث في الاشهر من المذهب وزمان المواضعة يتداخل مع عهدة الثلاث ان كان زمان المواضعة أطول من عهدة الثلاث وعهدة السنة لا تتداخل مع عهدة الاستبراء هذا هو الظاهر من المذهب وفيه اختلاف وقال الفقهاء السبعة لا يتداخل منها عهدة مع ثمانية فعهدة الاستبراء أولا ثم عهدة الثلاث ثم عهدة السنة واختلف أيضا عن مالك هل تأنم العهدة في كل البلاد من غير أن يحمل أهلها عليها فروى عنه الوجهان فاذا قبل لا يلزم أهل هذه البلد الآن يكونوا قد جاؤا على ذلك فهل يجب أن يحمل عليها أهل كل بلد أم لا فيه قولان في المذهب ولا يلزم النقد في عهدة الثلاث وان اشترط ويلزم في عهدة السنة والعلة في ذلك انه لم يكمل تسليم البيع فيها للبائع قياسا على بيع الخيار لتردد النقد فهما بين السلف والبيع فهذه كلها مشهورات أحكام العهدة في مذهب مالك وهي كلها فروع مبنية على صحة العهدة فلزجج الى تقرير حجج المثبتين لها والمبطلين أما عند مالك رحمه الله في العهدة وحجته التي عول عليها فهي عمل أهل المدينة وأما معجابه المتأخرون فانهم احتجوا بما رواه الحسن عن عتبة بن عامر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال عهدة الرقيق ثلاثة أيام وروى أيضا لعهد بعد أربع وروى هذا الحديث أيضا الحسن عن سمرة بن جندب الفزاري رضي الله عنه وكلا الحديثين عند أهل العلم معلول فانهم اختلفوا في سماع الحسن عن سمرة وان كان الترمذي قد صححه وأما سائر فقهاء الأمصار فلم يصح عندهم في العهدة أثر ورواها انها لو صحت مخالفة للأصول وذلك أن المسلمين مجمعون على أن كل مصيبة تنزل بالمبيع قبل قبضه فهي من المشتري فالتخصيص لمثل هذا الأصل المتقرر انما يكون بسماع ثابت ولهذا ضعف عند مالك في أحد الروايتين عنه أنه يقضى بها في كل بلد الا أن يكون ذلك عرفا في البلد أو مشروط وبخاصة عهدة السنة فانه لم يأت في ذلك أثر وروى الشافعي عن ابن جريج قال سألت ابن شهاب عن عهدة السنة والثلاث فقال ما علمت فيها أمرا سالفًا واذ قد تقرر القول في تمييز العيوب التي توجب حكما من التي لا توجبها وتقرر الشرط في ذلك وهو أن يكون العيب حادثا قبل البيع أو في العهدة عند من يرى العهدة فلنصر الى ما بقي

❦ الفصل الثالث ❦

واذا وجدت العيوب فان لم يتغير المبيع بشئ من العيوب عند المشتري فلا يخلو أن يكون في عقار أو عروض أو في حيوان فان كان في حيوان فلا خلاف ان المشتري يخير بين ان يرد المبيع أو يأخذ منه أو يمسك ولا شيء له وأما ان كان في عقار فمالك يفرق في ذلك بين العيب اليسير والكثير فيقول ان كان العيب

يسيرا لم يجب الرد ووجبت فجة العيب وهو الارش وان كان كثيرا وجب الرد هذا هو الموجود المشهور في كتب أصحابه ولم يفصل البغداديون هذا التفصيل وأما العروض فالشهور في المذهب انها ليست في هذا الحكم بمنزلة الاصول وقد قيل انها بمنزلة الاصول في المذهب وهذا الذي كان يختاره الفقيه أبو بكر بن رزق شيخ جدى رجة الله عليهما وكان يقول انه لا فرق في هذا المعنى بين الاصول والعروض وهذا الذي قاله يازم من فرق بين العيب الكثير والقليل في الاصول أعنى ان يفرق في ذلك أيضا في العروض والأصل ان كل ما حظ الفجة أنه يجب به الرد وهو الذي عليه فقهاء الامصار ولذلك لم يعول البغداديون فيما أحسب على التفرقة التي قلت في الاصول ولم يختلف قولهم في الحيوان أنه لا فرق فيه بين العيب القليل والكثير

فصل واذا قد قلنا ان المشتري يغير بين ان يرد المبيع ويأخذ ثمنه أو يسلك ولا شيء له فان اتفقا على ان يسلك المشتري سلعته ويعطيه البائع قيمة العيب فعمامة فقهاء الامصار يحجزون ذلك الابن سريع من أصحاب الشافعي فانه قال ليس لما ذلك لأنه خيار في مال فلم يكن له اسقاطه بعوض اختيار الشفعة قال القاضي عبد الوهاب وهذا غلط لأن ذلك حق للمشتري فله ان يستوفيه أعنى أن يرد ويرجع الثمن وله ان يعاوض على تركه وما ذكره من خيار الشفعة فانه شاهد لنا فان له عندنا تركه الى عوض يأخذه وهذا الخلاف فيه وفي هذا الباب فرعان مشهوران من قبل التبعية أحدهما هل اذا اشترى المشتري أنواعا من المبيعات في صفقة واحدة فوجد أحدها معيبا فهل يرجع بالجميع أو بالذي وجد فيه العيب فقال قوم ليس له الا ان يرد الجميع أو يسلك وبه قال أبو ثور والاوزاعي الا ان يكون قد سمى مال كل واحد من تلك الأنواع من الفجة فان هذا مما لا خلاف فيه انه يرد المبيع بعينه فقط وانما الخلاف اذا لم يسم وقال قوم يرد المعيب بحصته من الثمن وذلك بالتقدير وعين قال بهذا القول سفيان الثوري وغيره وروى عن الشافعي القولان معا وفرق مالك فقال ينظر في المعيب فان كان ذلك وجه الصفقة والمقصود بالشراء رد الجميع وان لم يكن وجه الصفقة رده ببقية وفرق أبو حنيفة بغيره فقال ان وجد العيب قبل القبض رد الجميع وان وجد بعد القبض رد المعيب بحصته من الثمن ففي هذه المسئلة أربعة أقوال خفجة من منع التبعية في الرد ان الردود يرجع فيه ببقية لم يتفق عليها المشتري والبائع وكذلك الذي يبقى انما يبقى ببقية لم يتفقا عليها ويمكن أنه لو بيعت السلعة لم يشتر البعض بالبقية التي أقيم بها وأما حجة من رأى الرد في البعض المعيب ولا بد فله موضع ضرورة فأقيم فيه التقييم والتقدير مقام الرضا فاسا على ان ما فات في البيع فليس فيه الا القيمة وأما فريق مالك بين ما هو وجه الصفقة أو غير وجهها فاستحسن منه لأنه رأى ان ذلك العيب اذا لم يكن مقصودا في المبيع فليس كبير ضرر في أن لا يوافق الثمن الذي أقيم به أراده المشتري أو البائع وأما عند ما يكون مقصودا أو أجل المبيع فيعظم الضرر في ذلك واختلف عنه هل يعتبر تأثير العيب في فجة الجميع أو في فجة المعيب خاصة وأما فريق أبي حنيفة بين ان يقبض أو لا يقبض فان القبض عنده شرط من شروط تمام البيع ومالم يقبض المبيع فضمانه عنده من البائع وحكم الاستحقاق في هذه المسئلة حكم الرد بالعيب (وأما المسئلة الثانية) فانهم اختلفوا أيضا في رجلين يتناغان شيئا واحدا في صفقة واحدة فيجدان به عيبا فيرد أحدهما الرجوع ويأبى الآخر

فقال الشافعي لمن أراد الرد أن يرد وهي رواية ابن القاسم عن مالك وقيل ليس له أن يرد فحين أوجب الرد شبهه بالصفقتين المفترقتين لأنه قد اجتمع فيها عقدان ومن لم يوجب شبهه بالصفقة الواحدة إذا أراد المشتري فيها تبعض رد المبيع بالعيب

❦ الفصل الرابع ❦

وأما أن تغير المبيع عند المشتري ولم يعلم بالعيب إلا بعد تغير المبيع عنده فالحكم في ذلك يختلف عند فقهاء الأمصار بحسب التغير : فأما أن تغير بموت أو فساداً وعتق فقهاء الأمصار على أنه فوت و يرجع المشتري على البائع بقية العيب وقال عطاء بن أبي رباح لا يرجع في الموت والعتق بشئ وكذلك عندهم حكم من اشترى جارية فأولدها وكذلك التدبير عندهم وهو القياس في الكتابة وأما تغيره بالمبيع فانهم اختلفوا فيه فقال أبو حنيفة والشافعي إذا باعه لم يرجع بشئ وكذلك قال الليث وأما مالك فله في البيع تفصيل وذلك أنه لا يتحلوا أن يبيعه من بآلعه منه أو من غير بآلعه ولا يتحلوا أيضاً أن يبيعه بمثل الثمن أو أقل أو أكثر فإن باعه من بآلعه منه بمثل الثمن فلا رجوع له بالعيب وإن باعه منه بأقل من الثمن رجع عليه بقية العيب وإن باعه بأكثر من الثمن نظر فإن كان البائع الأول مدلساً أي علماً بالعيب لم يرجع الأول على الثاني بشئ وإن لم يكن مدلساً رجع الأول على الثاني في الثمن والثاني على الأول أيضاً وينفسخ البيعان و يعود المبيع إلى ملك الأول فإن باعه من عنده بآلعه منه فقال ابن القاسم لا رجوع له بقية العيب مثل قول أبي حنيفة والشافعي وقال ابن عبد الحكم له الرجوع بقية العيب وقال أشهب يرجع بالأقل من بقية العيب أو بقية الثمن هذا إذا باعه بأقل مما اشتراه وعلى هذا لا يرجع إذا باعه بمثل الثمن أو أكثر وبه قال عثمان بن عيسى ووجه قول ابن القاسم والشافعي وأبي حنيفة أنه إذا فاق المبيع فقد أخذ عوضاً فيه من غير أن يعتبر تأثير العيب في ذلك العوض الذي هو الثمن ولذلك متى قام عليه المشتري منه بعيب رجع هو على البائع الأول بخلاف وجه القول الثاني تشبيهه بالبيع بالعتق ووجه قول أشهب وعثمان أنه لو كان عنده المبيع لم يكن له إلا الماسك وأراد للجميع فإذا باعه فقد أخذ عوض ذلك الثمن فليس له إلا ما نقص إلا أن يكون أكثر من قيمة العيب وقال مالك إن وهب أو تصدق رجع بقية العيب وقال أبو حنيفة لا يرجع لأن هبته أو صدقته تفويت للكل بغير عوض ورضي منه بذلك طلباً لا جرم فيكون رضاه باسقاط حق العيب أولى وأحرى بذلك . وأما مالك فقامس الهبة على العتق وقد كان القياس أن لا يرجع في شئ من ذلك إذا فاق ولم يمكنه الرد لأن إجماعهم على أنه إذا كان في يديه فليس يجب له الإلزام أو الماسك دليل على أنه ليس للعيب تأثير في إسقاط شئ من الثمن وإنما له تأثير في فسخ البيع فقط . وأما العقود التي يتعاقبها الاسترجاع كالرهن والإجارة فاختلف في ذلك أصحاب مالك فقال ابن القاسم لا يمنع ذلك من الرد بالعيب إذا رجع إليه المبيع وقال أشهب إذا لم يكن زمان خروجه عن يده زماناً بعيداً كان له الرد بالقبض وقول ابن القاسم أولى والهبة للتوابع عند مالك كالبيع في أنها فوت فهذه هي الأحوال التي نظراً على المبيع من العقود الحادثة فيها أحكامها

❦ باب في طرود النقصان ❦

وأما أن طرأ على المبيع نقص فلا يتحلون بكون النقص في قيمته أو في البدن أو في النفس فأما نقصان القيمة

لاختلاف الاسواق فغير مؤثر في الرد بالعيب باجتماع وأما النقصان الحادث في البدن فان كان يسيرا غير مؤثر في القيمة فلا تأثير له في الرد بالعيب وحكمه حكم الذي لم يحدث وهذا نص من مذهب مالك وغيره وأما نقص الحادث في البدن المؤثر في القيمة فاختلف الفقهاء فيه على ثلاثة أقوال أحدها انه ليس له ان يرجع الا بقية العيب فقط وليس له غير ذلك اذا أبى البائع من الرد وبه قال الشافعي في قوله الجديد وأبو حنيفة وقال الثوري ليس له الا ان يرد ويرد مقدار العيب الذي حدث عنده وهو قول الشافعي الأول والقول الثالث قول مالك ان المشتري بالخيار بين ان يمسك ويضع عنه البائع من الثمن قدر العيب أو يرده على البائع ويعطيه ثمن العيب الذي حدث عنده وانه اذا اختلف البائع والمشتري فقال البائع للمشتري أنا أقبض المبيع وتعطى أنت قيمة العيب الذي حدث عندك وقال المشتري بل أنا أسكت المبيع وتعطى أنت قيمة العيب الذي حدث عندك فالقول قول المشتري والخيار له وقد قيل في المنهب القول قول البائع وهذا انما يصح على قول من يرى انه ليس للمشتري الا أن يمسك أو يرد وما نقص عنده وشأن أبو محمد ابن حزم فقال له ان يرد ولا شيء عليه وأما حجة من قال انه ليس للمشتري الا ان يرد ويرد قيمة العيب أو يمسك فلا نه قد اجعوا على انه اذا لم يحدث بالمبيع عيب عند المشتري فليس له الا الرد فوجب استصحاب حال هذا الحكم وان حدث عند المشتري عيب مع اعطائه قيمة العيب الذي حدث عنده وأما من رأى انه لا يرد المبيع بشئ وانما له قيمة العيب الذي كان عند البائع فقياسا على العتق والموت لكون هذا الأصل غير مجمع عليه وقد خالف فيه عطاء وأما مالك فلما تعارض عنده حق البائع وحق المشتري غلب المشتري وجعل له الخيار لأن البائع لا يخلو من أحد أمرين اما ان يكون مفرطا في ان لم يستلم العيب ويعلم به المشتري أو يكون علمه فليس به على المشتري وعند مالك انه اذا صح انه دلس بالعيب وجب عليه الرد من غير ان يدفع اليه المشتري قيمة العيب الذي حدث عنده فان مات من ذلك العيب كان ضمانه على البائع بخلاف الذي لم يثبت انه دلس فيه وأما حجة أبي محمد فلانه أمر حدث من عند الله كما لو حدث في ملك البائع قال الرد بالعيب دال على أن البيع لم ينعقد في نفسه وانما انعقد في الظاهر وأيضا فلا كتاب ولا سنة يوجب على مكلف غرم ما لم يكن له تأثير في نفسه الا ان يكون على جهة التغليظ عند من ضمن الغاصب ما نقص عنده بأمر من الله فهذا حكم العيوب الحادثة في البدن وأما العيوب التي في النفس كالاباق والسرقة فقد قيل في المنهب انها تفيت الرد كيوب الابدان وقيل لا ولا خلاف ان العيب الحادث عند المشتري اذا ارتفع بعد حدوثه انه لا تأثير له في الرد الا ان لا تؤمن عاقبته واختلفوا من هذا الباب في المشتري يطأ الجارية فقال قوم اذا وطئ فليس له الرد وله الرجوع بقية العيب وسواء كانت بكر أو ثيبا وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي يرد قيمة الوطء في البكر ولا يرد هاهن الثيب وقال قوم بل يرد هاهن ويرد مهر مثلها وبه قال ابن أبي شبرمة وابن أبي ليلى وقال سفيان الثوري ان كانت ثيبا ردت نصف العشر من ثمنها وان كانت بكر اردت العشر من ثمنها وقال مالك ليس عليه في وطء الثيب شئ لأنه غلة وجبت له بالضمين وأما البكر فهو عيب يثبت عنده للمشتري الخيار على ما سلف من رأيه وقروى مثل هذا القول عن الشافعي وقال عثمان البتي الوطء معتبر في العرف في ذلك النوع من الرقيق فان كان له أثر في القيمة رد البائع ما نقص وان لم يكن له أثر لم يلزمه شئ فهذا هو حكم النقصان الحادث في المبيعات وأما الزيادة الحادثة

في المبيع أعني المتولدة المنفصلة منه فاختلف العلماء فيها فذهب الشافعي الى انها غير مؤثرة في الرد وانها للبشري لعموم قوله عليه الصلاة والسلام الخراج بالضمان وأما مالك فاستثنى من ذلك الولد فقال يرد للبائع وليس للبشري الا الرد للزائد مع الأصل أو الامساك وقال أبو حنيفة الزوائد كلها تمنع الرد وتوجب أرض العيب الا الغلة والكسب وحجته أن ما تولد عن المبيع داخل في العقد فمالك يمكن رده ورد ما تولد عنه كان ذلك فو تاقضى أرض العيب الامانصة الشرع من الخراج والغلة وأما الزيادة الحادثة في نفس المبيع الغير المنفصلة عنه فانها ان كانت مثل الصبغ في الثوب والرقم في الثوب فانها توجب الخيار في المذهب اما في الامساك والرجوع بقية العيب واما في الرد وكونه شريكا مع البائع بقية الزيادة وأما النماء في البدن مثل السممن فقد قيل في المذهب يثبت به الخيار للبشري وقيل لا يثبت وكذلك النقص الذي هو الهزال فهذا هو القول في حكم التغيير

❦ الفصل الخامس ❦

وأما صفة الحكم في القضاء بهذه الاحكام فانه اذا اتقار البائع والمشتري على حالة من هذه الاحوال المذكورة ههنا وجب الحكم الخاص بتلك الحال فان أنكر البائع دعوى القائم فلا يخالون ينسكرو وجود العيب أو ينسكرو حذونه عنده فان أنكر وجود العيب بالمبيع فان كان العيب يستوى في ادراكه جميع الناس كفي في ذلك شاهدان عدلان من اتفق من الناس وان كان مما يختص بعلمه أهل صناعة تاشهده به أهل تلك الصناعة فقيس في المذهب عدلان وقيل لا يشترط في ذلك العدالة ولا العدد ولا الاسلام وكذلك الحال ان اختلفوا في كونه مؤثرا في القبة وفي كونه أيا قبل أمد التبايع أو بعده فان لم يكن للبشري يئنه حلف البائع انه ما حدث عنده وان لم ^(١) تكن له يئنه على وجود العيب بالمبيع لم يجبه يمين على البائع وأما اذا وجب الأرض فوجه الحكم في ذلك ان يقوم الشيء سليما ويقوم معيبا ويرد للمشتري ما بين ذلك فان وجب الخيار قوم ثلاث تقويمات تقويم وهو سليم وتقويم بالعيب الحادث عند البائع وتقويم بالعيب الحادث عند المشتري فيرد البائع من الثمن ويسقط عنه ما قدر منه قدر ما تنقص به القبة المعيبة عن القبة السليمة وان أبى المشتري الرد وأحب الامساك رد البائع من الثمن ما بين القبة الصحيحة والمعيبة عنده

❦ الباب الثاني في بيع البراءة ❦

اختلف العلماء في جواز هذا البيع وصورة ان يشترط البائع على المشتري التزام كل عيب يجده في المبيع على العموم فقال أبو حنيفة يجوز البيع بالبراءة من كل عيب سواء علمه البائع أو لم يعلمه سواء أولم يسمه أبصره أو لم يبصره وبه قال أبو نؤور وقال الشافعي في أشهر قولييه وهو المنصور عند أصحابه لا يبرأ البائع الا من عيب يريه للبشري وبه قال الثوري وأما مالك فلا شهر عنه أن البراءة جائزة بمالم يعلم البائع من العيوب وذلك في الرقيق خاصة الا البراءة من الجمل في الجوارى الرائعات فانه لا يجوز عنده لعظم الفرغ فيه ويجوز في الوخش وعنه في رواية ثانية انه يجوز في الرقيق والحيوان ورواية ثالثة مثل قول الشافعي وقدرى عنه أن بيع البراءة انما يصح من السلطان فقط وقيل في بيع السلطان وبيع الموارشه وذلك من غير ان يشترطوا البراءة وحجة من رأى القول بالبراءة على الاطلاق أن القيام بالعيب حق من

(١) لعله وان كانت له يئنه

حقوق المشتري قبل البائع فإذا أسقطه سقط أصله سائر الحقوق الواجبة وحجة من لم يجره على الإطلاق أن ذلك من باب الغرر فيعلمه البائع ومن باب الغبن والغش فيما علمه ولذلك اشترط جهل البائع مالك وبالجملة فعمدة مالك مرواه في الموطأ أن عبد الله بن عمر باع غلامه بثمانمائة درهم وباعه على البراءة فقال الذي ابتاعه لعبد الله بن عمر بالغلام داء لم تسمه فاخصمنا إلى عثمان فقال الرجل باعني عبدا وبه داء لم يسمه لي وقال عبد الله بعته بالبراءة فقضى عثمان على عبد الله أن يحلف لقد باع العبد وما به داء يعلمه فأبى عبد الله أن يحلف وارتجع العبد وروى أيضا أن زيد بن ثابت كان يجيز بيع البراءة وانما يخص مالك بذلك الرقيق لكون عيوبهم في الأكثر خافية وبالجملة خيار الرد بالعيب حق ثابت للمشتري ولما كان ذلك يختلف اختلافا كثيرا كاختلاف المبيعات في صفاتها وجب إذا اتفقا على الجهل به أن لا يجوز أصله إذا اتفقا على جهل صفة المبيع المؤثرة في الثمن ولذلك حكى ابن القاسم في المدونة عن مالك أن آخر قوله كان انكار بيع البراءة الا ما خفف فيه للسلطان وفي قضاء الديون خاصة وذهب المغيرة من أصحاب مالك إلى أن البراءة انما يجوز فيما كان من العيوب لا يتجاوز فيها ثلث المبيع والبراءة بالجملة انما تلزم عند القائلين بها بالشرط أعني إذا اشترطها الإيعاب السلطان والموارث عند مالك فقط فالكلام بالجملة في بيع البراءة هو في جوازه وفي شرط جوازه وفيما يجوز من العقود والمبيعات والعيوب ولن يجوز بالشرط أو مطلقا وهذه كلها قد تقدمت بالقوة في قولنا فاعلمه (الجملة الثانية في وقت ضمان المبيعات) واختلفوا في الوقت الذي يضمن فيه المشتري المبيع أي تكون خسارته ان هلك منه فقال أبو حنيفة والشافعي لا يضمن المشتري الا بعد القبض وأما مالك فله في ذلك تفصيل وذلك ان المبيعات عنده في هذا الباب ثلاثة أقسام بيع يجب على البائع فيه حق توفية من وزن أو كيل وعدد وبيع ليس فيه حق توفية وهو الجزأف أو المالا يوزن ولا يكال ولا يعد فأما ما كان فيه حق توفية فلا يضمن المشتري الا بعد القبض وأما ليس فيه حق توفية وهو حاضر فلا خلاف في المنه ان ضمانه من المشتري وان لم يقبضه وأما المبيع الغائب فعن مالك في ذلك ثلاث روايات أشهرها ان الضمان من البائع فلا ان يشترطه على المتباع والثانية انه من المتباع الا أن يشترطه على البائع والثالثة الفرق بين ما ليس بمأمون البقاء الى وقت الاقتضاء كالحيوان ولما كولات وبين ما هو مأمون البقاء واختلف في هذه المسئلة مبنى على هل القبض شرط من شروط العقد أو حكم من أحكام العقد والعقد لازم دون القبض فمن قال القبض من شروط صحة العقد ولزمه أو كيفما شئت ان تعبر عن هذا المعنى كان الضمان عنده من البائع حتى يقبضه المشتري ومن قال هو حكم لازم من أحكام المبيع والبيع قد انعقد ولزم قال بالعقد يدخل في ضمان المشتري وتفرق مالك بين الغائب والحاضر والذي فيه حق توفية والذي ليس فيه حق توفية استحسان ومعنى الاستحسان في أكثر الأحوال هو الالتفات إلى المصلحة والعمل وذهب أهل الظاهر إلى أن بالعقد يدخل في ضمان المشتري وفيما أحسب وعمدة من رأى ذلك اتفقهم على أن الخراج قبل القبض للمشتري وقد قال عليه الصلاة والسلام الخراج بالضمان وعمدة المخالف حديث عتاب بن أسيد ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لما بعته إلى مكة قال له إنهم عن بيع ما لم يقبضوا ورجع ما لم يضمنوا وقد تسكنا في شرط القبض في المبيع فيما سلف واختلف بين المسامحين انه من ضمان المشتري بعد القبض

الافى العهدة والجوائح واذا قفد ذكرنا العهدة فينبى أن نذكر ههنا الجوائح

﴿ القول فى الجوائح ﴾

اختلف العلماء فى وضع الجوائح فى التمار فقال بالقضاء بها مالك وأصحابه ومنعها أبو حنيفة والثوري والشافعي فى قوله الجديدا واليث فعمدة من قال بوضعها حديث جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من باع ثمرا فأصابته جائحة فلا يأخذ من أخيه شيئا على ماذا يأخذ أحدكم مال أخيه خرجه مسلم عن جابر وما روى عنه أنه قال أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بوضع الجوائح فعمدة من أجاز الجوائح حديثا جابر هذان وقياس الشبه أيضا وذلك أنهم قالوا أنه مبيع بقى على البائع فيه حق توفية بدليل ما عليه من سقيه الى أن يكمل فوجب أن يكون ضمانه منه أصله سائر المبيعات التى بقى فيها حق توفية والفرق عندهم بين هذا المبيع وبين سائر البيوع أن هذا يبيع وقع فى الشرع والمبيع لم يكمل بعد فكانه مستثنى من النهى عن بيع ما لم يخلق فوجب أن يكون فى ضمانه مخالف سائر المبيعات وأما عمدة من لم يقبل بالقضاء بها فنشبهه هذا البيع بسائر المبيعات وإن التخلية فى هذا المبيع هو القبض وقد اتفقوا على أن ضمان المبيعات بعد القبض من المشتري ومن طريق السماع أيضا حديث أبى سعيد الخدرى قال أجمع رجل فى ثمار ابتاعها وكثر دينه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تصدقوا عليه فتصدق عليه فلم يبلغ وفاء دينه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم خذوا ما وجدتم وليس لكم الا ذلك قالوا فلم يحكم بالجائحة فسبب الخلاف فى هذه المسئلة هو تعارض الآثار فيها وتعارض مقاييس الشبه وقد رام كل واحد من الفريقين صرف الحديث المعارض للحديث الذى هو الاصل عنده بالتأويل فقال من منع الجائحة يشبه أن يكون الامر بها انما ورد من قبل النهى عن بيع التمار حتى يبدو صلاحها قالوا لو يشهد لذلك انه لم يكثر شكواهم بالجوائح أمروا أن لا يبيعوا الثمر الا بعد أن يبدو صلاحه وذلك فى حديث زيد بن ثابت المشهور وقال من أجازها فى حديث أبى سعيد يمكن أن يكون البائع عديما فلم يقض عليه بجائحة أو أن يكون المقدار الذى أصيب من الثمر مقدارا لا يلزم فيه جائحة أو أن يكون أصيب فى غير الوقت الذى تجب فيه الجائحة مثل أن يصاب بعد الجذاذ أو بعد الطيب وأما الشافعي فروى حديث جابر عن سليمان بن عتيق عن جابر وكان يضعفه ويقول انه اضطرب فى ذكر وضع الجوائح فيه ولكنه قال ان ثبت الحديث وجب وضعها فى القليل والكثير ولا خلاف بينهم فى القضاء بالجائحة بالعطش وقد جعل القائلون بها اتفاقهم فى هذا حجة على اثباتها والكلام فى أصول الجوائح على مذهب مالك ينحصر فى أربعة فصول الاول فى معرفة الاسباب الفاعلة للجوائح الثانى فى محل الجوائح من المبيعات الثالث فى مقدار ما يوضع منه فيه الرابع فى الوقت الذى توضع فيه

﴿ الفصل الأول ﴾

وأما أصاب الثمرة من السماء مثل البرد والقحط وضده العفن فلا خلاف فى المذهب انه جائحة وأما العطش كما قلنا فلا خلاف بين الجميع انه جائحة وأما أصاب من صنع آدميين فبعض من أصحاب مالك رآه جائحة وبعض لم يره جائحة والذين رأوه جائحة انقسموا قسمين فبعضهم رأى منه جائحة ما كان

غالباً كالخيش ولمر ما كان منه بمغافسة (١) جائحة مثل السرقة وبعضهم جعل كل ما يصيب الثمرة من جهة الآدميين جائحة بأى وجه كان فمن جعلها فى الامور السأوية فقط اعتمد ظاهر قوله عليه الصلاة والسلام أرايت ان منع الله الثمرة ومن جعلها فى أفعال الآدميين شبهها بالامور السأوية ومن استثنى اللص قال يمكن أن يتحفظ منه

﴿ الفصل الثانى ﴾

ومحل الجوائح هى الثمار والبقول فالثمار فلا خلاف فيها فى المنهب وأما البقول ففيها خلاف والاشهر فيها الجائحة وإنما اختلفوا فى البقول لاختلافهم فى تشبيهها بالاص الذى هو الثمر

﴿ الفصل الثالث ﴾

وأما المقدار الذى تجب فيه الجائحة اما فى الثمار فالثلث واما فى البقول فقليل فى القليل والكثير وقيل فى الثلث وابن القاسم يعتبر ثلث الثمر بالكيل وأشهب يعتبر الثلث فى القمية فإذا ذهب من الثمر عند أشهب ما قيمته الثلث من الكيل وضع عنه الثلث من الثمن وسواء كان ثلثا فى الكيل أو لم يكن وأما ابن القاسم فإنه اذا ذهب من الثمر الثلث من الكيل فإن كان نوعاً واحداً ليس يختلف قيمة بطونه حط عنه من الثمن الثلث وإن كان الثمر أنواعاً كثيرة مختلفة القيم أو كان بطوناً مختلفة القيم أيضاً اعتبر قيمة ذلك الثلث الذاهب من قيمة الجميع فما كان قدره حط بذلك القدر من الثمن فى موضع يعتبر المكيئة فقط حيث تستوى القمية فى أجزاء الثمرة ويطونها وفى موضع يعتبر الامرين جميعاً حيث تختلف القمية والمالكية يحتاجون فى مصيرهم الى التقدير فى وضع الجوائح وإن كان الحديث الوارد فيها مطلقاً بان القليل فى هذا معلوم من حكم العادة انه يخالف الكثير اذ كان معلوماً ان القليل يذهب من كل ثمر فكان المشتري يدخل على هذا الشرط بالعادة وإن لم يدخل بالنطق وأيضاً فإن الجائحة التى على الحكم بها تقتضى الفرق بين القليل والكثير قالوا واذا وجب الفرق وجب أن يعتبر فيه الثلث اذ قد اعتبره الشرع فى مواضع كثيرة وإن كان المنهب يضطرب فى هذا الاصل مرة يجعل الثلث من حيز الكثير كجعله اياه ههنا ومرة يجعله فى حيز القليل ولم يضطرب فى أنه الفرق بين القليل والكثير والمقدرات بعسرا ثباتها بالقياس عند جمهور الفقهاء ولذلك قال الشافعى لو قلت بالجائحة لقلت فيها بالقليل والكثير وكون الثلث فرقا بين القليل والكثير هو نص فى الوصية فى قوله عليه الصلاة والسلام الثلث والثلث كثير

﴿ الفصل الرابع ﴾

واما زمان القضاء بالجائحة فاتفق المذهب على وجوبها فى الزمان الذى يحتاج فيه الى تبقية الثمر على رؤس الشجر حتى يستوفى طيبه واختلفوا اذا ابقاء المشتري فى الثمار لبيعه على النضارة وشياً قليلاً فى الجائحة تشبهاً بالزمان المتفق عليه وقيل ليس فيه جائحة تفرق بينه وبين الزمان المتفق على وجوب القضاء بالجائحة فيه وذلك ان هذا الزمان يشبه الزمان المتفق عليه من جهة ويختلفه من جهة فمن غلب الاتفاق وجب فيه الجائحة ومن غلب الاختلاف لم يوجب فيه جائحة أعنى من رأى ان النضارة مطلوبة بالشراء كما الطيب مطلوب قال بوجوب الجائحة فيه ومن لم ير الامر فيها واحداً قال ليس فيه

جائحة ومن ههنا اختلفوا في وجوب الجوائح في البقول (الجملة الثالثة من اجل النظر في الاحكام) وهو في تابعات المبيعات ومن مسائل هذا الباب المشهورة اثنتان الاولى بيع النخل وفيها الثمر متى يتبع بيع الاصل ومتى لا يتبعه جمهور الفقهاء على ان من باع نخلا فيها ثمر قبل ان يؤبر فان الثمر للمشتري واذا كان البيع بعد الابار فالثمر للبائع الا ان يشترطه المتبايع والثمار كلها في هذا المعنى في معنى النخيل وهذا كله ثبت حديث ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من باع نخلا قد أبرت فثمرها للبائع الا ان يشترطه المتبايع قالوا فلما حكم صلى الله عليه وسلم بالثمر للبائع بعد الابار علمنا بدليل الخطاب انها للمشتري قبل الابار بلا شرط وقال أبو حنيفة وأصحابه هي للبائع قبل الابار وبعده ولم يجعل المفهوم ههنا من باب دليل الخطاب بل من باب مفهوم الاخرى الاولى قالوا وذلك انه اذا وجبت للبائع بعد الابار فهي أخرى ان تجب له قبل الابار وشبهوا خروج الثمر بالولادة قالوا وكأن من باع أمة لها ولد فولدها للبائع الا ان يشترطه المتبايع كذلك الامر في الثمر وقال ابن أبي ليلى سواء أبرأ ولم يؤبر اذا بيع الاصل فهو للمشتري اشترطها أو لم يشترطها فرد الحديث بالقياس لانهم رأوا ان الثمر جزء من المبيع ولما عني بهذا القول الا ان كان لم يثبت عنده الحديث وأما أبو حنيفة فلم يرد الحديث واتماخلف مفهوم الدليل فيه فاذا سبب الخلاف في هذه المسئلة بين أبي حنيفة والشافعي ومالك ومن قال بقولهم معارضة دليل الخطاب لدليل مفهوم الاخرى والاولى وهو الذي يسمى غوى الخطاب لكن ههنا ضعيف وان كان في الاصل أقوى من دليل الخطاب وأما سبب مخالفة ابن أبي ليلى لهم فمعارضة القياس للسمع وهو كما قلنا ضعيف والابار عند العلماء ان يجعل طلع ذكر كور النخل في طلع انائها وفي سائر الشجران تنور وتعتد والتد كبري شجر التين التي تدكر في معنى الابار وبار الزرع يختلف فيه في المذهب فروى ابن القاسم عن مالك ان اباره ان يفرك قياسا على سائر الثمر وهل الموجب لهذا الحكم هو الابار أو وقت الابار قبل الوقت وقبل الابار وعلى هذا ينبغي الاختلاف اذا أبر بعض النخل ولم يؤبر البعض هل يتبع ما لم يؤبر ما أبرأ ولا يتبعه وانفقوا فيما أحسبه على انه اذا بيع ثمر وقد دخل وقت الابار فلم يؤبر ان حكمه حكم المؤبر (المسئلة الثانية) وهي اختلافهم في بيع مال العبد وذلك أنهم اختلفوا في مال العبد هل يتبعه في البيع والعتيق على ثلاثة أقوال أحدها ان ماله في البيع والعتيق لسيده وكذلك في المكاتب وبه قال الشافعي والكوفيون والثاني أن ماله تبع له في البيع والعتيق وهو قول داود وأبي ثور والثالث أنه تبع له في العتيق لافي البيع الا ان يشترطه المشتري وبه قال مالك والليث خجعة من رأى أن ماله في البيع لسيده الا ان يشترطه المتبايع حديث ابن عمر المشهور عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من باع عبدا وله مال فإله للنبي باعه الا ان يشترطه المتبايع ومن جعله لسيده في العتيق فقياسا على البيع وحجة من رأى أنه تبع للعبد في كل حال انبنت على كون العبد مالكا عندهم وهي مسئلة اختلف العلماء فيها اختلافا كثيرا أعني هل يملك العبد أو لا يملك وشبهه أن يكون هؤلاء اتماخبلوا القياس على السماع لان حديث ابن عمر هو حديث خالف فيه نافع سالم لان نافع رواه عن ابن عمر عن عمرو سالم رواه عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم وأما مالك فغلب القياس في العتيق والسمع في البيع وقال مالك في الموطأ الامر المحقق عليه عندنا أن المتبايع اذا اشترط مال العبد فهو له نقدا كان أو عرضا أو ديناً وقد روى عن

النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من أعتق غلاماً فالله الآن يستثنيه سيده ويجوز عندما ملك أن يشتري العبد وماله بدرهم وإن كان مال العبد دراهم أو فيه دراهم وخالفه أبو حنيفة والشافعي إذا كان مال العبد نقدًا وقالوا العبد وماله بمنزلة من باع شيئاً لا يجوز فيهما إلا يجوز في سائر البيوع واختلف أصحاب مالك في اشتراط المشتري لبعض مال العبد في صفقة البيع فقال ابن القاسم لا يجوز وقال أشهب جائز أن يشتري بعضه وافرقت بعضهم فقال إن كان ما اشتري به العبد عينا وفي مال العبد عين لم يجوز ذلك لأنه يدخله دراهم بعرض ودراهم وإن كان ما اشتري به عروضاً ولم يكن في مال العبد دراهم جاز ووجه قول ابن القاسم أنه لا يجوز أن يشتري بعضه تشبيهه بثمر النخل بعد الأبار ووجه قول أشهب تشبيهه بالجزء بالكل وفي هذا الباب مسائل مسكوت عنها كثيرة ليست بمأقصدناه * ومن مشهور مسائلهم في هذا الباب الزيادة والنقصان اللذان يقعان في الثمن الذي انعقد عليه البيع بعد البيع بما يرضى به المتبايعان أعني أن يزيد المشتري البائع بعد البيع على الثمن الذي انعقد عليه البيع أو يحط منه البائع هل يتبع حكم الثمن أم لا وقائدة الفرق أن من قال هي من الثمن أو جبردها في الاستحقاق وفي الرد بالعيب وما أشبه ذلك وأيضاً من جعلها في حكم الثمن الأول إن كانت فاسدة ففسد البيع ومن لم يجعلها من الثمن أعني الزيادة لم يوجب شيئاً من هذا فذهب أبو حنيفة إلى أنها من الثمن إلا أنه قال لا تثبت الزيادة في حق الشفيع ولا في بيع المراجعة بل الحكم للثمن الأول وبه قال مالك وقال الشافعي لا تلحق الزيادة والنقصان بالثمن أصلاً وهو في حكم الهبة واستدل من ألحق الزيادة بالثمن بقوله عز وجل ولا جناح عليكم فيما تراضىتم به من بعد الفريضة قالوا وإذا لحقت الزيادة في الصداق بالصداق لحقت في البيع بالثمن واحتج الفريق الثاني باتفاقهم على أنها لا تلحق في الشفعة وبالجملة من رأى أن العقد الأول قد تقرر قال الزيادة هبة ومن رأى أنها فاسخ للعقد الأول وعقد ثانٍ عداه من الثمن (الجملة الرابعة) وإذا اتفق المتبايعان على البيع واختلفا في مقدار الثمن ولم تكن هناك بيئة ففقهاء الأمصار متفقون على إنها يتحالفان ويتفاسخان بالجملة ومختلفون في التفصيل أعني في الوقت الذي يحكم فيه بالإيمان والتفاسخ فقال أبو حنيفة وجاعة إنها يتحالفان ويتفاسخان ما لم تنقضي عين السلعة فإن قامت فالقول قول المشتري مع يمينه وقال الشافعي ومحمد بن الحسن صاحب أبي حنيفة وأشهب صاحب مالك يتحالفان في كل وقت وأما مالك فعنه روايتان أحدهما أنهما يتحالفان ويتفاسخان قبل القبض وبعد القبض القول قول المشتري والرواية الثانية مثل قول أبي حنيفة وهي رواية ابن القاسم والثانية رواية أشهب والغوث عنده يكون بتغيير الأسواق ويزيادة المبيع ونقصانه وقال داود وأبو ثور القول قول المشتري على كل حال وكذلك قال زفر الآن يكونا مختلفا في جنس الثمن حينئذ يكون التفاسخ عندهم والتحالف ولا خلاف أنهم إذا اختلفوا في جنس الثمن أو المقنن أن الواجب هو التحالف والتفاسخ وإنما صار فقهاء الأمصار إلى القول على الجملة بالتحالف والتفاسخ عند الاختلاف في عدد الثمن لحديث ابن مسعود أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال إنما يبيعان تباعاً فالقول قول البائع أو يترادان فمن جمل هذا الحديث على وجوب التفاسخ وعمومه قال يتحالفان في كل حال ويتفاسخان والعلة في ذلك عنده إن كل واحد منهما مدعى ومدعى عليه وأما من رأى أن الحديث إنما يجب أن يحمل على الحالة التي يجب أن يساوى

فهادعوى البائع والمشتري قال اذا قبض السلعة أوفات فقد صار القبض شاهداً للمشتري وشبهة لصدقه واليمين انما يجب على أقوى المتداعين شبهة وهذا هو أصل مالك في الايمان ولذلك يوجب في مواضع اليمين على المدعى وفي مواضع على المدعى عليه وذلك انه لم يجب اليمين بالنص على المدعى عليه عنده من حيث هو مدعى عليه وانما وجبت عليه من حيث هو في الاكثر أقوى شبهة فإذا كان المدعى في مواطن أقوى شبهة وجب ان يكون اليمين في حيزه وأما من رأى القول قول المشتري فانه رأى أن البائع مقر لا يشتري بالشراء ومدع عليه عند اتامى الثمن وأما داود ومن قال بقوله فردوا حديث ابن مسعود لانه منقطع ولذلك لم يخرج الشيخان البخاري ومسلم وانما أخرجه مالك وعن مالك اذا نكل المتبايعان عن الايمان روايتان احدهما الفسح والثانية ان القول قول البائع وكذلك من يبدأ باليمين في المذهب فيه خلاف فالاشهر البائع على ما في الحديث وهل اذا وقع التفاسخ يجوز لاحدهما ان يختار قول صاحبه فيه خلاف في المذهب

القسم الرابع من النظر المشترك في البيوع

وهو النظر في حكم البيع الفاسد اذا وقع فنقول اتفق العلماء على ان البيوع الفاسدة اذا وقعت ولم تنفذ باحداث عقدها أو نكاح أو تقصان أو حوالة سوق ان حكمها الرد أعنى ان يرد البائع الثمن والمشتري المثلون واختلفوا اذا قبضت ونصرف فيها بعق أو هبة أو بيع أو رهن أو غير ذلك من سائر التصرفات هل ذلك فوت يوجب القيمة وكذلك اذا نكح أو تقصت فقال الشافعي ليس ذلك كله فوتاً ولا شبهة ملاك في البيع الفاسد وان الواجب الرد وقال مالك كل ذلك فوت يوجب القيمة الا ما روى عنه ابن وهب في الربا انه ليس بفوت ومثل ذلك قال أبو حنيفة والبيوع الفاسدة عن مالك تنقسم الى محرمة والمكروهة فأما المحرمة فانها اذا كانت مضت بالقيمة وأما المكروهة فانها اذا كانت صحت عنده وبما صح عنده بعض البيوع الفاسدة بالقبض خفة الكراهة عنده في ذلك فالشافعية تشبه المبيع الفاسد لمكان الربا والغرر بالفاسد لمكان تحريم عينه كببيع الخمر والخنزير فليس عندها فيه فوت ومالك يرى أن النهي في هذه الامور انما هو لمكان عدم العدل فيها أعنى بيع الربا والغرر فاذا قامت السلعة فالعدل فيها هو الرجوع بالقيمة لانه قد تقبض السلعة وهي تساوى الفوت وهي تساوى خصمائه أو بالعكس ولذلك يرى مالك حوالة الاسواق فواتي للمبيع الفاسد ومالك يرى في البيع والسلف انه اذا قامت وكان البائع هو السلف رد المشتري القيمة ما لم تكن أزيد من الثمن لان المشتري قد رفع له في الثمن لمكان السلف فليس من العدل ان يرد أكثر من ذلك وان كان المشتري هو الذي أسلف البائع فقد حط البائع عنه من الثمن لمكان السلف فاذا وجبت على المشتري القيمة ردّها ما لم تكن أقل من الثمن لان هذه البيوع انما وقع المنع فيها لمكان ما جعل فيها من العوض مقابل السلف الذي هو موضوع لعون الناس بعضهم لبعض ومالك في هذه المسئلة أفتق من الجميع واختلفوا اذا ترك الشرط قبل القبض أعنى شرط السلف هل يصح البيع أم لا فقال أبو حنيفة والشافعي وسائر العلماء البيع مفسوخ وقال مالك وأصحابه البيع غير مفسوخ الا بن عبد الحكم قال البيع مفسوخ وقبروى عن مالك مثل قول الجمهور وجه الجمهور أن النهي يتضمن فساد النهي فاذا انعقد البيع فاسداً لم يصححه بعد رفع الشرط الذي من قبله وقع الفساد كما ان

رفع السبب المفسد في المحسوسات بعد فساد الشيء ليس يقتضى عودة الشيء الى ما كان عليه قبل الفساد من الوجود فاعلمه وروى أن محمد بن أحمد بن سهل البرمكي سأل عن هذه المسئلة اسماعيل بن اسحق المالكي فقال لهما الفرق بين السلف والبيع وبين رجل باع غلاما بمائة دينار وزق خمر فلما انعقد البيع بينهما قال أنا أدع الزق وهذا المبيع مفسوخ عند العلماء باجتماع فوجب ان يكون بيع السلف كذلك جابوب عن ذلك بجواب لا تقوم به حجة وقد تقدم القول في ذلك واذا قضى القول في أصول البيوع الفاسدة وأصول البيوع الصحيحة وفي أصول أحكام البيوع الصحيحة وأصول أحكام الفاسدة المشتركة العامة لجميع البيوع أولئك كثير منها فلنصر الى ما يخص واحدا واحدا من هذه الاربعة الاجناس وذلك بان نذكر منها ما يجري مجرى الاصول

كتاب الصرف

ولما كان يخص هذا البيع شرطان أحدهما عدم النسبة وهو الفور والآخر عدم التفاضل وهو اشتراط المثلية كان النظر في هذا الكتاب ينحصر في خمسة أجناس الاول في معرفة ما هو نسبة عماليس بنسبته الثاني في معرفة ما هو مماثل لماليس بمائال اذهنان القسمان ينقسمان بفصول كثيرة فيعرض هنالك اختلاف الثالث فيما وقع أيضا من هذا البيع بصورة مختلف فيها هل هو ذريعة الى أحد هذين أعنى الزيادة والنسبة أو كليهما عند من قال بالترائع وهو مالك وأصحابه وهذا ينقسم أيضا الى نوعين كاقسام أصله الخماس في خصائص أحكام هذا البيع من جهة ما يعتبر فيه هذان الشرطان أعنى عدم النساء والتفاضل أو كليهما وذلك انه يخالف هذا البيع البيوع لمكان هذين الشرطين فيه في أحكام كثيرة وأنت اذا تأملت الكتب الموضوعة في فروع الكتاب الذى يرسمونه بكتاب الصرف وجدهتها كلها راجعة الى هذه الاجناس الخمسة أو الى ما تركب منها ماعدا المسائل التى يدخلون فى الكتاب الواحد بعينه عماليس هو من ذلك الكتاب مثل ادخال المالكية فى كتاب الصرف مسائل كثيرة هى من باب الاقتضاء فى السلف لكن لما كان الفاسد منها يؤل الى أحد هذين الاصلين أعنى الى صرف بنسبته أو بتفاضل ادخلوها فى هذا الكتاب مثل مسائلهم فى اقتضاء القائمة والمجموعة والفراى بعضها من بعض لكن لما كان قصدا انما هو ذكر المسائل التى هى منطقى بها فى الشرع أو قريب من المنطوق بهاراً يتان نذكر فى هذا الكتاب سبع مسائل مشهورة تجرى مجرى الاصول لما يطرأ على المجتهد من مسائل هذا الباب فان هذا الكتاب انما وضعناه ليبلغ به المجتهد فى هذه الصناعة رتبة الاجتهاد اذا حصل ما يجب له ان يحصل قبله من القدر الكافى فى علم النحو واللغة وصناعة أصول الفقه ويكنى من ذلك ما هو مساو لجرم هذا الكتاب أو أقل وبهذه الرتبة يسمى فقيها لا يحفظ مسائل الفقه ولو بلغت فى العدد أقصى ما يمكن ان يحفظه انسان كما نجد متفقه زمانا يظنون ان الافقه هو الذى حفظ مسائل أكثر وهؤلاء عرض لهم شبه ما يعرض لمن ظن أن الخفاف هو الذى عنده خفاف كثيرة لا التى يقدر على عملها وهو بين ان الذى عنده خفاف كثيرة سيأتيه انسان يقدم لا يجد فى خفافه ما يصلح تقديمه فيلجأ الى ضائع الخفاف ضرورة وهو الذى يصنع لكل قدم خفا يوافقه فهذا هو مثال أكثر المتفقه فى هذا الوقت واذا قد خرجنا عما كنا بسبيله فلنرجع الى حيث كنا من ذكر المسائل التى وعدنا بها (المسئلة الاولى)

أجمع العلماء على أن يبيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة لا يجوز الامتلا بمثل بدايد الاماروى عن ابن عباس ومن تبعه من المسكين فانهم أجازوا بيعه متفاضلا ومنعوه نسبة فقط وانما صار ابن عباس لذلك لما رواه ابن اسامة بن زيد عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا ربا الا فى النسبة وهو حديث صحيح فأخذ ابن عباس بظاهر هذا الحديث فلم يجعل الربا الا فى النسبة وأما الجمهور فصاروا الى ما رواه مالك عن نافع عن أبي سعيد الخدرى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يتبعوا الذهب بالذهب الامتلا بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولا يتبعوا الفضة بالفضة الامتلا بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولا يتبعوا مائتا شيئا غالبا بناجر وهو من أصح ما روى فى هذا الباب وحديث عبادة بن الصامت حديث صحيح أيضا فى هذا الباب فصار الجمهور الى هذه الاحاديث اذ كانت نصا فى ذلك وأما حديث ابن عباس فإنه ليس بنص فى ذلك لانه روى فيه لفظان أحدهما أنه قال انما الربا فى النسبة وهذا ليس يفهم منه اجازة التفاضل الامن باب دليل الخطاب وهو ضعيف ولا سيما اذا عارضه النص وأما اللفظ الآخر وهو لا ربا الا فى النسبة فهو أقوى من هذا اللفظ لان ظاهره يقتضى أن ماعد النسبة فلس ربا لكن يحتمل ان يريد بقوله لا ربا الا فى النسبة من جهة انه الواقع فى الاكثر واذا كان هذا محتملا والاول نص وجب تأويله على الجهة التى يصح الجمع بينهما وأجمع الجمهور على أن مسكوكه وتبره ومصوغه سواء فى منع بيع بعضه ببعض متفاضلا لعموم الاحاديث المتقدمة فى ذلك الامعاوية فإنه كان يحجز التفاضل بين التبر والمصوغ لمكان زيادة الصياغة والاماروى عن مالك انه سئل عن الرجل يأخذ دار الضرب بوزن حبة يعطيهم اجرة الضرب ويأخذ منهم دنانير ودرهم وزن ورقة وأدراهم فقال اذا كان ذلك لضرورة خروج الرقعة ونحو ذلك فارجو أن لا يكون به بأس وبه قال ابن القاسم من أصحابه وأنكر ذلك ابن وهب من أصحابه وعيسى بن دينار وجهور العلماء وأجاز مالك بدل الدينار الناقص بالوازن أو بالدينارين على اختلاف بين أصحابه فى العدد الذى يجوز فيه ذلك من الذى لا يجوز على جهة المعروف (المسئلة الثانية) اختلف العلماء فى السيف والمصحف المحلى ببيع بالفضة وفيه حلية فضة أو بالذهب وفيه حلية ذهب فقال الشافعى لا يجوز ذلك لجهل المائلة المشترطة فى بيع الفضة بالفضة فى ذلك والذهب بالذهب وقال مالك ان كان قيمة ما فيه من الذهب والفضة الثلث فأقل جاز بيعه أعنى بالفضة ان كانت حليته فضة أو بالذهب ان كانت حليته ذهبا والام لم يحجز وكأنه رأى أنه اذا كانت الفضة قليلة لم تكن مقصودة فى البيع وصارت كأنها بهيمة وقال أبو حنيفة وأصحابه لا بأس ببيع السيف المحلى بالفضة اذا كانت الفضة أكثر من الفضة التى فى السيف وكذلك الامر فى بيع السيف المحلى بالذهب لانهم رأوا أن الفضة التى فيه أو الذهب يقابل مثله من الذهب أو الفضة المشتراة به ويبقى الفضل قيمة السيف وحجة الشافعى عموم الاحاديث والنص الوارد فى ذلك من حديث فضالة بن عبد الله الانصارى أنه قال أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو يجيئ بقلادة فيها ذهب وخز وهو من المغانم تباع فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بالذهب الذى فى القلادة ينزع وحده ثم قال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب وزنا بوزن خرجه مسلم وأما معاوية كما قلنا فأجاز ذلك على الإطلاق وقد أنكره عليه أبو سعيد وقال لا أسكن فى أرض أنت فيها لما رواه من الحديث (المسئلة الثالثة) اتفق العلماء على أن من شرط الصرف أن يقع ناجزا واختلفوا فى الزمان الذى يحدها المعنى فقال أبو حنيفة والشافعى الصرف يقع ناجزا ما لم يفتقر

للمتصارفان يجعل أو تأخر القبض وقال مالك ان تأخر القبض في المجلس بطل الصرف وإن لم يفرقا حتى كره المراجعة فيه وسبب الخلاف ترددهم في مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام الإهاء وهاء وذلك أن هذا يختلف بالأقل والأكثر فمن رأى ان هذا اللفظ صالح لمن لم يفرق من المجلس أعنى أنه يطلق عليه أنه باع هاء وهاء قال يجوز التأخير في المجلس ومن رأى أن اللفظ لا يصح الا اذا وقع القبض من المتصارفين على الفور قال ان تأخر القبض عن العقد في المجلس بطل الصرف ولا تفاهم على هذا المعنى لم يجز عندهم في الصرف حوالة ولا جالة ولا خيار الا ما حكى عن أبي ثور أنه أجاز فيه الخيار واختلف في المنهبة في التأخير الذي يغلب عليه المتصارفان أو أحدهما مرة قيل فيه انه مثل الذي يقع بالاختيار ومرة قيل انه ليس كذلك في تفاصيل لهم في ذلك ليس قصدنا ذكرها في هذا الكتاب (المسئلة الرابعة) اختلف العلماء فيمن اضطرف دراهم بدنانير ثم وجد فيها درهما زائفا فأراده فقال مالك ينتقض الصرف وان كانت دنانير كثيرة انتقض منها دينار للدرهم فافقوه الى صرف دينار فان زاد درهم على دينار انتقض منها دينار آخر وهكذا ما بينه وبين أن يقتضى الى صرف دينار قال وان رضى بالدرهم الزائف لم يبطل من الصرف شيء وقال أبو حنيفة لا يبطل الصرف بالدرهم الزائف ويجوز تبديله الأنت تكون الزيوف نصف الدراهم أو أكثر فان ردها بطل الصرف في المردود وقال الثوري اذا رد الزيوف كان مخيرا ان شاء أبدلها أو يكون شريكاه بقدر ذلك في الدنانير أعنى لصاحب الدنانير وقال أحد لا يبطل الصرف بإرد قليلا كان أو كثيرا وابن وهب من أصحاب مالك يجزى البديل في الصرف وهو مبنى على أن الغلبة على النظرة في الصرف ليس لها تأثير ولا سبأ في البعض وهو أحسن وعن الشافعي في بطلان الصرف بالزيوف قولان فيتمحصل لفقهاء الأصناف في هذه المسئلة أربعة أقوال قول بإبطال الصرف مطلقا عند الرد وقول بآببات الصرف ووجوب البديل وقول بالفرق بين القليل والكثير وقول بالتخير بين بدل الزائف أو يكون شريكاه وسبب الخلاف في هذا كله هل الغلبة على التأخير في الصرف مؤثرة فيه أو غير مؤثرة وان كانت مؤثرة فهل هي مؤثرة في القليل أو في الكثير وأما وجود النقصان فان المنهبة اضطرب فيه مرة قال فيه انه ان رضى بالنقصان جاز الصرف وان طلب البديل انتقض الصرف قياسا على الزيوف ومرة قال يبطل الصرف وان رضى به وهو ضعيف واختلفوا أيضا اذا قبض بعض الصرف وتأخر بعضه أعنى الصرف للمنعقد على التناجز فقبل يبطل الصرف كله وبه قال الشافعي وقبل يبطل منه المتأخر فقط وبه قال أبو حنيفة ومحمداً وبو يوسف والقولان في المنهبة ومبنى الخلاف الخلاف في الصفقة الواحدة بخالطها حرام وحلال هل تبطل الصفقة كلها أو الحرام منها فقط (المسئلة الخامسة) أجمع العلماء على أن المراطلة جائزة في الذهب بالذهب وفي الفضة بالفضة وان اختلف المعدل اتفاق الوزن وذلك اذا كانت صفة الذهبين واحدة واختلفوا في المراطلة في موضعين أحدهما أن تختلف صفة الذهبين والثاني أن ينقص أحد الذهبين عن الآخر فيريد الآخر أن يز يد بذلك عرضا أو دراهم ان كانت المراطلة بذهب أو ذهبا ان كانت المراطلة بدراهم فذهب مالك أما في الموضع الأول وهو أن يختلف جنس المراطل بهما في الجودة والرداءة انه مبنى راطل أحدهما بصنف من الذهب الواحد وأخر ج الآخر ذهبين أحدهما أجود من ذلك الصنف الواحد والآخر أردأ فان ذلك عنده لا يجوز وان كان الصنف الواحد من الذهبين أعنى الذي

أخرجه وحده أجمود من الذهبين المختلفين اللذين أخرجهما الآخر وأردأ منهما معا أو مثل أحدهما وأجمود من الثاني جازت المرافطة عنده وقال الشافعي إذا اختلف الذهبان لا يجوز ذلك وقال أبو حنيفة وجميع الكوفيين والبصريين يجوز جميع ذلك وعمدة مذهب مالك في منعه ذلك الاتهام وهو مصر إلى القول بسد الفرائع وذلك أنه يهتم أن يكون المراتل اتما قصد بذلك بيع الذهبين متفاضلا فكأنه أعطى جزءا من الوسط بأكثر منه من الأردأ وبأقل منه من الأعلى فيتنزع من ذلك إلى بيع الذهب بالذهب متفاضلا مثال ذلك أن أناسا قال آخر خذ مني خمسة وعشرين مثقالا وسطا بعشرين من الأعلى فقال لا يجوز هذا لنا ولكن أعطيك عشرين من الأعلى وعشرة أدنى من ذهبك وتعطيني أنت ثلاثين من الوسط فتكون العشرة الأدنى يقابلها خمسة من ذهبك ويقابل العشرين من ذهب الوسط العشرين من ذهبك الأعلى وعمدة الشافعي اعتبار التفاضل الموجود في القيمة وعمدة أبي حنيفة اعتبار وجود الوزن من الذهبين ورد القول بسد الفرائع وكمثل اختلافهم في المصارفة التي تكون بالمرافطة اختلفوا في هذا الموضوع في المصارفة التي تكون بالعدد أعني إذا اختلفت جودة الذهبين أو الأذهاب وأما اختلافهم إذا قصت المرافطة فأراد أحدهما أن يز يدشيا آخر مما فيه الرابا أو مما لا رابا فيه فقريب من هذا الاختلاف مثل أن يرادل أحدهما صاحبه ذهب بذهب فينقص أحد الذهبين عن الآخر فيريد الذي نقص ذهبه أن يعطي عوض الناقص دراهم أو عرضا فقال مالك والشافعي والليث إن ذلك لا يجوز والمرافطة فاسدة وأجاز ذلك كله أبو حنيفة والكوفيون وعمدة الحنفية تقدير وجود المماثلة من الذهبين وبقاء الفضل مقابل للعرض وعمدة مالك التهمة في أن يقصد بذلك بيع الذهب بالذهب متفاضلا وعمدة الشافعي عدم المماثلة بالكيل أو الوزن أو العدد الذي بالفضل ومثل هذا يختلفون إذا كانت المصارفة بالعدد (المسئلة السادسة) واختلفوا في الرجلين يكون لأحدهما على صاحبه دينانير ولا أثر عليه دراهم هل يجوز أن يتصارفاها وهي في الذمة فقال مالك ذلك جائز إذا كانا قاضيا حلامعا وقال أبو حنيفة يجوز في الحل وفي غير الحال وقال الشافعي والليث لا يجوز ذلك حلالا أو لم يحل وجبة من لم يجزه أنه غائب بغائب وإذا لم يجز غائب بناجر كان أسوأ أن لا يجوز غائب بغائب وأما مالك فأقام حلال الأجلين في ذلك مقام الناجر بالناجر وإنما اشترط أن يكونا حاليين معا لئلا يكون ذلك من بيع الدين بالدين ويقول الشافعي قال ابن وهب وابن كاتبة من أصحاب مالك وقريب من هذا اختلافهم في جواز الصرف على مائيس عندهما إذا دفعه أحدهما إلى صاحبه قبل الافتراق مثل أن يستقرضاه في المجلس فتقبضاه قبل الافتراق فأجاز ذلك الشافعي وأبو حنيفة وكرهه ابن القاسم من الطرفين واستخفه من الطرف الواحد أعني إذا كان أحدهما هو المستقرض فقط وقال زفر لا يجوز ذلك إلا أن يكون من طرف واحد ومن هذا الباب اختلافهم في الرجل يكون له على الرجل دراهم إلى أجل هل يأخذها إذا حل الأجل ذهباً أو بالعكس فذهب مالك إلى جواز ذلك إذا كان القبض قبل الافتراق وبه قال أبو حنيفة لأنه أجاز ذلك وإن لم يحل الأجل ولم يجز ذلك جماعة من العلماء سواء كان الأجل حلالاً أو لم يكن وهو قول ابن عباس وابن مسعود وجبة من أجاز ذلك حديث ابن عمر قال كنت أبيع الأبل بالبيع أبيع بالدينانير وأخذ الدراهم وأبيع بالدراهم وأخذ الدينانير فسألت عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لا بأس بذلك إذا كان بسعر

يومه خرج أبو داود وحجة من لم يحزه ماجاء في حديث أبي سعيد وغيره ولا تتبعوا منها غائباً بناجر
 (المسئلة السابعة) اختلف في البيع والصرف في مذهب مالك فقال انه لا يجوز الا أن يكون أحدهما
 الأكثر والأخر تبع لصاحبه وسواء كان الصرف في دينار واحد أو في دنانير وقيل ان كان الصرف
 في دينار واحد جاز كيفما وقع وان كان في أكثر اعتبر كون أحدهما تابعا للآخر في الجواز فان كانا معا
 مقصودين لم يحز وأجاز أشهب الصرف والبيع وهو أجد لأنه ليس في ذلك ما يؤدى الى الربا ولا الى غرر

✽ كتاب السلم ✽

وفي هذا الكتاب ثلاثة أبواب الباب الأول في محله وشروطه الباب الثاني فيما يجوز أن يقتضى من المسلم
 اليه بدل ما انعقد عليه السلم وما يعرض في ذلك من الاقالة والتجهيل والتأخير الباب الثالث في اختلافهما

✽ الباب الأول ✽

في السلم
 أما محله فأنهم أجمعوا على جوازه في كل ما يكال أو يوزن لما ثبت من حديث ابن عباس المشهور قال قدم النبي
 صلى الله عليه وسلم المدينة وهم يسلمون في التمر الستين والثلاث فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم من
 سلف فليسلف في بمن معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم واتفقوا على امتناعه فيما لا يثبت في الثمة وهي
 الدور والعقار وأما سائر ذلك من العروض والحيوان فاختلفوا فيها فنع ذلك داود وطائفة من أهل الظاهر
 مصيرا الى ظاهر هذا الحديث والجمهور على أنه جائز في العروض التي تنضب بالصفة والعدد واختلفوا من
 ذلك فيما ينضب بما لا ينضب بالصفة فمن ذلك الحيوان والرقبي فذهب مالك والشافعي والاوزاعي والليث
 الى أن السلم فيه جائز وهو قول ابن عمر من الصحابة وقال أبو حنيفة والثوري وأهل العراق لا يجوز السلم
 في الحيوان وهو قول ابن مسعود وعن عمر في ذلك قولان وعمدة أهل العراق في ذلك ما روى عن ابن
 عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن السلم في الحيوان وهذا الحديث ضعيف عند الفريقين الأول
 ويرى بما احتجوا أيضا بنيه عليه الصلاة والسلام عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة وعمدة من أجاز السلم
 في الحيوان ما روى عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمره أن يجهز جيشا فنفذت الابل
 فأمره أن يأخذ على قلاص الصدقة فأخذ البعير بالبعيرين الى ابل الصدقة وحديث أبي رافع أيضا أن
 النبي صلى الله عليه وسلم استسلف بكرا قالوا وهذا كله يدل على ثبوته في الثمة فسبب اختلافهم شيان
 أحدهما تعارض الآثار في هذا المعنى والثاني تردد الحيوان بين أن يضبط بالصفة أولا يضبط فمن نظر الى
 تبان الحيوان في الخلق والصفات وبخاصة صفات النفس قال لا تنضب ومن نظر الى تشابهها قال تنضب
 ومنها اختلافهم في البيض والبر وغير ذلك فلم يحز أبو حنيفة السلم في البيض وأجاز مالك بالعدد وكذلك
 في اللحم أجاز مالك والشافعي ومنع أبو حنيفة وكذلك السلم في الرؤس والأكارع أجاز مالك ومنعه
 أبو حنيفة واختلف في ذلك قول الشافعي وكذلك السلم في البر والفصوص أجاز مالك ومنعه الشافعي
 وقصدنا من هذه المسائل انما هو الاصول الضابطة للشريعة لاحصاء الفروع لان ذلك غير منحصر
 (وأما شروطه) فمنها يجمع عليها ومنها يختلف فيها فاما المجمع عليها فهي ستة منها أن يكون الثمن
 والمفون مما يجوز فيه النساء وامتناعه فيما لا يجوز فيه النساء وذلك اما اتفاق المنافع على ما يراه مالك
 رحمه الله واما اتفاق الجنس على ما يراه أبو حنيفة واما اعتبار الطعم مع الجنس على ما يراه الشافعي في علة

النساء ومنها أن يكون مقدرا اما بالكيل أو بالوزن أو بالعدد ان كان مما شأنه أن يلحقه التقدير أو منضبطا بالصفة ان كان بما المقصود منه الصفة ومنها أن يكون موجودا عند حلول الأجل ومنها أن يكون الثمن غير مؤجل أو جلا بعيدا مثلا يكون من باب الكالئ بالكالئ هذا في الجلة واختلافوا في اشتراط اليومين والثلاثة في تأخير نقد الثمن بعد اتفاقهم على أنه لا يجوز في المدة الكثيرة ولا مطلقا فاجاز مالك اشتراط تأخير اليومين والثلاثة وكذلك أجاز تأخيرها بلا شرط وذهب أبو حنيفة والشافعي إلى أن من شرطه التقاض في المجلس كالصرف فهذه ستة متفق عليها واختلفوا في أربعة أحدها الاجل هل هو شرط فيه أم لا والثاني هل من شرطه أن يكون جنس المسلم فيه موجودا في حال عقد السلم أم لا والثالث اشتراط مكان دفع السلم فيه والرابع أن يكون الثمن مقدرا اما كيلا واما موزونا واما معدودا وأن لا يكون جزافا فاما الاجل فان أبا حنيفة هو عنده شرط محتمة بلا خلاف عنه في ذلك وأما مالك فالظاهر من مذهبه والمشهور عنه أنه من شرط السلم وقد قيل أنه يتخرج من بعض الروايات عنه جواز السلم الحال وأما اللخمي فانه فصل الامر في ذلك فقال ان السلم في المذهب يكون على ضربين سلم حال وهو الذي يكون من شأنه بيع تلك السلعة وسلم مؤجل وهو الذي يكون ممن ليس من شأنه بيع تلك السلعة وعمدة من اشتراط الاجل بشئان ظاهر حديث ابن عباس والثاني انه اذا لم يشترط فيه الاجل كان من باب بيع ما ليس عند البائع المنهي عنه وعمدة الشافعي انه اذا جاز مع الاجل فهو حالا أجوز لانه أقل غررا وربما استدلت الشافعية بما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم اشترى جلا من اعرابي بوسق تمر فعاد دخل البيت لم يجد التمر فاستقرض النبي صلى الله عليه وسلم تمر وأعطاه اياه قالوا فهذا هو شراء حال تمر في التمة وللملكية من طريق المعنى أن السلم انما يجوز لموضع الارتفاق ولان للمسلم في تقديم الثمن لاسترخاء المسلم فيه والمسلم اليه يرغب فيه لموضع التسيئة واذا لم يشترط الاجل زال هذا المعنى واختلفوا في الاجل في موضعين أحدهما هل يقدر بغير الايام والشهور مثل الجذاذ والقطاف والحصاد والموسم والثاني في مقداره من الايام وتحصيل مذهب مالك في مقداره من الايام أن المسلم فيه على ضربين ضرب يقتضي بالبلد المسلم فيه وضرب يقتضي بغير البلد الذي وقع فيه السلم فان اقتضاه في البلد المسلم فيه فقال ابن القاسم ان الاعتبار في ذلك أجل يختلف فيه الاسواق وذلك خمسة عشر يوما ونحوها وروي ابن وهب عن مالك أنه يجوز لليومين والثلاثة وقال ابن عبد الحكم لا بأس به الى اليوم الواحد وأما ما يقتضي ببلد آخر فان الاجل عندهم فيه هو قطع المسافة التي بين البلدين قلت وكثرت وقال أبو حنيفة لا يكون أقل من ثلاثة أيام فمن جعل الاجل شرطا غير معلل اشترط منه أقل ما ينطلق عليه الاسم ومن جعله شرطا معللا باختلاف الاسواق اشترط من الايام ما يختلف فيه الاسواق غالبا وأما الاجل الى الجذاذ والحصاد وما أشبه ذلك فأجازره مالك ومنعه أبو حنيفة والشافعي فمن رأى ان الاختلاف الذي يكون في أمثال هذه الأجل يسير أجاز ذلك اذ الفرار اليسير معفو عنه في الشرع وشبهه بالاختلاف الذي يكون في الشهور من قبل الزيادة والنقصان ومن رأى انه كثير وأنه أكثر من الاختلاف الذي يكون من قبل نقصان الشهور وكالها لم يجزه وأما اختلافهم في هل من شرط السلم أن يكون جنس المسلم فيه موجودا في حين عقد السلم فان مالكا والشافعي وأحمد واسحق وأبو ثور لم يشترطوا ذلك وقالوا يجوز السلم في غير وقت ابانه

وقال أبو حنيفة وأصحابه والثوري والاوزاعي لا يجوز السلم الا في ابان الشيء المسلم فيه فحجة من لم يشترط الابان ماورد في حديث ابن عباس ان الناس كانوا يسلمون في التمر الستين والثلاث فافترق ذلك ولم ينهوا عنه وعمدة الحنفية ما روى من حديث ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا تسلموا في النخل حتى يبدو صلاحها وكأنهم رأوا أن الغرر يكون فيه أكثر اذا لم يكن موجودا في حال العقد وكأنه يشبه بيع ما لم يخلق أكثر وان كان ذلك معينا وهذا في الذمة وهذا في السلم بيع ما لم يخلق (وأما الشرط الثالث) وهو مكان القبض فان أبو حنيفة اشترطه تشبيها بالزمان ولم يشترطه غيره وهم الاكثر وقال القاضي أبو محمد الافضل اشترطه وقال ابن الموزان ليس يحتاج الى ذلك (وأما الشرط الرابع) وهو أن يكون الثمن مقدرا مكيلا أو موزونا أو معدودا أو مئزرا لا جزافا فاشترط ذلك أبو حنيفة ولم يشترطه الشافعي ولا صاحب أبي حنيفة أبو يوسف ومحمد قالوا وليس يحفظ عن مالك في ذلك نص الا أنه يجوز عنده بيع الجزاف الا فيما يعظم الغرر فيه على ما تقدم من مذهبه وينبغي أن تعلم أن التقدير في السلم يكون بالوزن فيما يمكن فيه الوزن وبالكيل فيما يمكن فيه الكيل وبالنوع فيما يمكن فيه النوع وبالعدد فيما يمكن فيه العدد وأن لم يمكن فيه أحد هذه التقديرات انضبط بالصفات المقصودة من الجنس مع ذكر الجنس ان كان أنواعا مختلفة أو مع تركه ان كان نوعا واحدا ولم يختلفوا أن السلم لا يكون الا في الذمة وأنه لا يكون في معين وأجاز مالك السلم في قرية معينة اذا كانت مأمونة وكأنه رآها مثل الذمة

﴿ الباب الثاني ﴾

وفي هذا الباب فروع كثيرة لكن نذكر منها المشهور (مسئلة) اختلف العلماء فحين أسلم في شيء من الثمر فمأجل الاجل تعذر تسليمه حتى عدم ذلك المسلم فيه وخرج زمانه فقال الجمهور اذا وقع ذلك كان المسلم بالخيار بين أن يأخذ الثمن أو يصبر الى العام القابل وبه قال الشافعي وأبو حنيفة وابن القاسم وحجتهم أن العقد وقع على موصوف في الذمة فهو باق على أصله وليس من شرط جوازه أن يكون من ثمار هذه السنة وإنما هو شيء شرطه المسلم فهو في ذلك بالخيار وقال أشهب من أحب ما لك ينفسخ السلم ضرورة ولا يجوز التأخير وكأنه رآه من باب الكال بالكال وقال سحنون ليس له أخذ الثمن وإنما له أن يصبر الى القابل واضطرب قول مالك في هذا والمعتمد عليه في هذه المسئلة ما رآه أبو حنيفة والشافعي وابن القاسم وهو الذي اختاره أبو بكر الطرطوشي والكال بالكال المنهي عنه إنما هو المقصود لا الذي يدخل اضطرارا (مسئلة) اختلف العلماء في بيع المسلم فيه اذا حان الأجل من المسلم اليه قبل قبضه فمن العلماء من لم يجز ذلك أصلا وهم القائلون بأن كل شيء لا يجوز بيعه قبل قبضه وبه قال أبو حنيفة وأصحابه واسحق وتمامك أحمد واسحق في منع هذا حديث عطية العوفي عن أبي سعيد الخدري قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من أسلم في شيء فلا يصرفه في غيره وأما مالك فإنه منع شراء المسلم فيه قبل قبضه في موضعين أحدهما اذا كان المسلم فيه طعاما وذلك بناء على مذهبه في أن الذي يشترط في بيعه القبض هو الطعام على ما جاء عليه النص في الحديث والثاني اذا لم يكن المسلم فيه طعاما فأخذ عوضه المسلم ما لا يجوز أن يسلم فيه رأس ماله مثل أن يكون المسلم فيه عرضا والثمن عرضا محالقا له في أخذ المسلم من المسلم اليه اذا حان الأجل شيئا من جنس ذلك العرض الذي هو الثمن وذلك ان هذا يدخله ما سلم وزيادة ان

كان العرض المأخوذ أكثر من رأس مال السلم ولما ضمتان وسلف ان كان مثله أو أقل وكذلك ان كان رأس مال السلم طعاما لم يجوز أن يأخذ فيه طعاما آخر أكثر منه لا من جنسه ولا من غير جنسه فان كان مثل طعامه في الخنثى والكيل والصفة فيما حاكمه عبد الوهاب جاز لأنه يحمله على العروض وكذلك يجوز عنده أن يأخذ من الطعام المسلم فيه طعاما من صفته وان كان أقل جودة لأنه عنده من باب البذل في الدناير والاحسان مثل أن يكون له عليه قمح ف يأخذ بمكيلته شعيرا وهذا كله من شرطه عند مالك أن لا يتأخر القبض لأنه يدخله الدين بالدين وان كان رأس مال السلم عينا وأخذ المسلم فيه عينا من جنسه جاز ما لم يكن أكثر منه ولم يهتم على بيع العين بالعين نسيئة اذا كان مثله أو أقل وان أخذ دراهم في دناير لم يهتمه على الصرف المتأخر وكذلك ان أخذ فيه دناير من غير صنف الدناير التي هي رأس مال السلم وأما بيع السلم من غير المسلم اليه فيجوز بكل شيء يجوز به التبايع ما لم يكن طعاما لأنه يدخله بيع الطعام قبل قبضه وأما الاقالة فمن شرطها عند مالك أن لا يدخلها زيادة ولا نقصان فان دخلها زيادة أو نقصان كان بيعا من البيوع ودخلها ما يدخل البيوع أعني أنها تفسد عنده بما يفسد بيوع الآجال مثل أن يتنزع الى بيع وسلف أو الى ضع وتجهل أو الى بيع السلم بما لا يجوز بيعه مثال ذلك في دخول بيع وسلفه اذا حل الآجل فأقاله على أن يأخذ البعض وأقال من البعض فإنه لا يجوز عنده فإنه يدخله التبرع الى بيع وسلف وذلك جائز عند الشافعي وأي حنيفة لأتهما لا يقولان بتحريم بيوع التبراع (مسئلة) اختلف العلماء في الشراء برأس مال السلم من المسلم اليه شيئا بعد الاقالة بما لا يجوز قبل الاقالة فمن العلماء من لم يجزه أصلا ورأى أن الاقالة ذريعة الى أن يجوز من ذلك ما لا يجوز وبه قال أبو حنيفة وأصحابه ومالك وأصحابه إلا أن عند أبي حنيفة لا يجوز على الإطلاق اذا كان لا يجوز عنده بيع السلم فيه قبل القبض على الإطلاق ومالك يمنع ذلك في المواضع التي يمنع بيع السلم فيه قبل القبض على ما فصلناه قبل هذا من مذهبه ومن العلماء من أجاز به وقال الشافعي والثوري وجهتهم ان بالاقالة فملك رأس ماله فأذاملك جازله أن يشتريه به ما أحب والظن الرديء بالمسلمين غير جائز قال وأما حديث أبي سعيد فإنه انما وقع النهي فيه قبل الاقالة (مسئلة) اختلفوا اذا ندم المبتاع في السلم فقال للبائع أقلني وأنظرك باليمن الذي دفعت اليك فقال مالك وطائفة ذلك لا يجوز وقال قوم يجوز واعتل مالك في ذلك مخافة أن يكون المشتري لما حل له الطعام على البائع آخره عنه على أن يقيه فكان ذلك من باب بيع الطعام الى أجل قبل أن يستوفي وقوم اعتلوا لمنع ذلك بأنه من باب فسخ الدين بالدين والذين رأوه جائزا رأوا أنه من باب المعروف والاحسان الذي أمر الله تعالى به قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من أقال مسلما صفتته أقال الله عثرته يوم القيامة ومن أنظر معسرا أظله الله في ظله يوم لا ظل الاظله (مسئلة) أجمع العلماء على أنه اذا كان لرجل على رجل دراهم ودناير الى أجل فدفعها اليه عند محل الأجل وبعده أنه يلزمه أخذها واختلفوا في العروض المؤجلة من السلم وغيره فقال مالك والجمهور ان أي بها قبل محل الأجل لم يلزم أخذها وقال الشافعي ان كان مما لا يتغير ولا يقصد به النظارة لزمه أخذه كالنحاس والحديد وان كان مما يقصد به النظارة كالقوا لم يلزمه وأما اذا أتى به بعد محل الأجل فاختلف في ذلك أصحاب مالك فروى عنه أنه يلزمه قبضه مثل أن يسلم في قطاطب الشتاء فيأتي بها في الصيف فقال ابن وهب وجاعة لا يلزمه ذلك ووجه

الجمهور في أنه لا يلزمه قبض العروض قبل محل الأجل من قبل أنه من ضمانه الى الوقت المضروب الذي قصده وبما عليه من المؤنة في ذلك وليس كذلك الدناير والدرهم اذا لامؤنة فيها ومن لم يلزمه بعد الأجل فحجته أنه رأى أن المقصود من العروض انما كان وقت الأجل لا غيره وأما من أجاز ذلك في الوجهين أعني بعد الأجل وأقبله فشيبه بالدناير والدرهم (مسئلة) اختلف العلماء فبين أسلم الى آخر وأباع منه طعاما على مكيله تما فاخبر البائع والمسلم اليه المشتري بكيل الطعام هل للمشتري أن يقبضه منه دون أن يكيهه وأن يعمل في ذلك على تصديقه فقال مالك ذلك جائز في السلم وفي البيع بشرط النقد والاختلاف أن يكون من باب الربا كأنه انما صدقه في الكيل لمكان أنه أنظره بالثمن وقال أبو حنيفة والشافعي والثوري والاوزاعي والليث لا يجوز ذلك حتى يكيهه البائع للمشتري مرة ثانية بعد أن كاله لنفسه بحضرة البائع ويحتجهم أنه لما كان ليس للمشتري أن يبيعه الا بعد أن يكيهه لم يكن له أن يقبضه الا بعد أن يكيهه البائع له لأنه لما كان من شرط البيع الكيل فكذلك القبض واحتجوا بما جاء في الحديث أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصانعان صاع البائع وصاع المشتري واختلفوا اذا هلك الطعام في يد المشتري قبل الكيل فاختلفا في الكيل فقال الشافعي القول قول المشتري وبه قال أبو ثور وقال مالك القول قول البائع لأنه قد صدقه المشتري عند قبضه اياه وهذا مبنى عنده على أن البيع يجوز بنفس تصديقه

﴿ الباب الثالث في اختلاف المتبايعين في السلم ﴾

والمتبايعان في السلم إما أن يختلفا في قدر الثمن أو المقيون وإما في جنسهما وإما في مكان قبض السلم فأما اختلافهم في قدر السلم فيه فالقول فيه قول المسلم اليه ان أي بما يشبهه والاقالقول أيضا قول المسلم ان أي أيضا بما يشبهه فان أتيا بما لا يشبهه فالقياس أن يتحالفوا ويتفاسخا وأما اختلافهم في جنس السلم فيه فالحكم في ذلك التحالف والتفاسخ مثل أن يقول أحدهما سلعت في تمر ويقول الآخر في قمح وأما اختلافهم في الاجل فان كان في حواله فالقول قول المسلم اليه وان كان في قدره فالقول أيضا قول المسلم اليه الآن يأتي بما لا يشبهه مثل أن يدعي المسلم وقت ابان المسلم فيه ويدعي المسلم اليه غير ذلك الوقت فالقول قول المسلم وأما اختلافهم في موضع القبض فالمشهور ان من ادعى موضع عقد السلم فالقول قوله وان لم يدعه واحدهما فالقول قول المسلم اليه وخالف سحنون في الوجه الأول فقال القول قول المسلم اليه وان ادعى القبض في موضع العقد وخالف أبو الفرج في الموضوع الثاني فقال اذا لم يدع واحدهما موضع العقد يتحالف وتفاسخا وأما اختلافهم في الثمن فحكمه حكم اختلاف المتبايعين قبل القبض وقد تقدم ذلك

﴿ كتاب بيع الخيار ﴾

والنظر في أصول هذا الباب اما أولا فهل يجوز أم لا وان جاز فكم مدة الخيار وهل يشترط التقديف أم لا وعن ضمان المبيع في مدة الخيار وهل يورث الخيار أم لا ومن يصح خياره ممن لا يصح وما يكون من الافعال خيارا كالقول أم اجواز الخيار فعليه الجمهور الاثوري وابن أبي شبرمة وطائفة من أهل الظاهر وعمدة الجمهور حديث حبان بن منقذ وفيه ولك الخيار ثلاثا وماروى في حديث ابن عمر البيعان بالخيار ما لم يفترا قال ابيع الخيار وعمدة من منعه انغروا أن الاصل هو الزم في البيع الآن يقوم دليل على جواز البيع على الخيار من كتاب الله وسنة نابتة أو اجماع قالوا حديث حبان اما أنه ليس بصحيح واما أنه خاص لما شكى اليه صلى الله

عليه وسلم أنه يخدم في البيوع قالوا وأما حديث ابن عمر وقوله فيه الإبيع الخيار فقد فسر المعنى المراد بهذا اللفظ وهو ما ورد فيه من لفظ آخر وهو أن يقول أحدهما لصاحبه اختر وأما مدة الخيار عند الذين قالوا يجوز أنه فرأى مالك أن ذلك ليس له قدر محدود في نفسه وأنه إنما يتقدر بتقدير الحاجة إلى اختلاف المبيعات وذلك يتفاوت بتفاوت المبيعات فقال مثل اليوم واليومين في اختيار الثوب والجمعة والخمسة الأيام في اختيار الجارية والشهر ونحوه في اختيار الدار وبالجملة فلا يجوز عنده إلا جمل الطويل الذي فيه فضل عن اختيار المبيع وقال الشافعي وأبو حنيفة أجل الخيار ثلاثة أيام لا يجوز أكثر من ذلك وقال أحمد وأبو يوسف ومحمد بن الحسن يجوز الخيار لأي مدة اشترطت وبه قال داود واختلفوا في الخيار المطلق دون المقيد بمدة معلومة فقال الثوري والحسن بن جني وجاعة يجوز اشتراط الخيار مطلقاً ويكون له الخيار أبداً وقال مالك يجوز الخيار المطلق ولكن السلطان يضرب فيه أجل مثله وقال أبو حنيفة والشافعي لا يجوز بحال الخيار المطلق ويفسد البيع واختلف أبو حنيفة والشافعي أن وقع الخيار في الثلاثة الأيام من الخيار المطلق فقال أبو حنيفة أن وقع في الثلاثة الأيام جاز وإن مضت الثلاثة ففسد البيع وقال الشافعي بل هو فاسد على كل حال فهذه هي أقوال أهل الفقهاء الأمصار في مدة الخيار وهي هل يجوز مطلقاً أو مقيداً وإن جاز مقيداً فكيف مقداره وإن لم يجوز مطلقاً فهل من شرط ذلك أن لا يقع الخيار في الثلاث أم لا يجوز بحال وإن وقع في الثلاث فأما أدلتهم فإن عمدة من لم يجوز الخيار هو ما قلناه وأما عمدة من لم يجوز الخيار الاثلاثا فهو أن الأصل هو أن لا يجوز الخيار فلا يجوز منه إلا ما ورد فيه النص في حديث منقذ بن حبان وأصحاب بن منقذ وذلك كسائر الرخص المستثناة من الأصول مثل استثناء العرايا من الزانية وغير ذلك قالوا وقد جاء تحديد الخيار بالثلاث في حديث المصراة وهو قوله من اشترى مصراة فهو بالخيار ثلاثة أيام وأما حديث منقذ فاشبهه طرقه المتصلة ما رواه محمد بن إسحاق عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لمنقذ وكان يخدم في البيع إذا بعثت فقل لا خلاية وأنت بالخيار ثلاثاً وأما عمدة أصحاب مالك فهو أن المفهوم من الخيار هو اختيار المبيع وإذا كان ذلك كذلك وجب أن يكون ذلك محدوداً بزمان إمكان اختيار المبيع وذلك يختلف بحسب مبيع مبيع فكأن النص إنما ورد عندهم تنبيهاً على هذا المعنى وهو عندهم من باب الخاص أر يده العام وعند الطائفة الأولى من باب الخاص أر يده الخاص وأما اشتراط النقد فإنه لا يجوز عند مالك وجميع أصحابه لتردده عندهم بين السلف والبيع وفيه ضعف وأما من ضمان المبيع في مدة الخيار فإنهم اختلفوا في ذلك فقال مالك وأصحابه والليث والأوزاعي مصيبته من البائع والمشتري أمين وسواء كان الخيار طمأناً أو لأحدهما وقد قيل في المنهبة أنه إن كان هلك يده البائع فلا خلاف في ضمانه إياه وإن كان هلك يده المشتري فالحكم كالحكم في الرهن والعارية إن كان مما يغاب عليه فضمانه منه وإن كان مما لا يغاب عليه فضمانه من البائع وقال أبو حنيفة إن كان شرط الخيار لسكبهما للبائع وحده فضمانه من البائع والمبيع على ملكه وأما إن كان شرطه المشتري وحده فقد خرج المبيع عن ملك البائع ولم يدخل في ملك المشتري وبقي معلقاً حتى ينقضي الخيار وقد قيل عنه إن على المشتري الثمن وهذا يدل على أنه قد دخل عنده في ملك المشتري والشافعي قولان أشهرهما أن الضمان من المشتري ليهما كان الخيار فعمدة من رأى أن الضمان من البائع على كل حال أنه عقد غير لازم فلم ينتقل الملك عن البائع كما لو قال

بعتك ولم يقل المشتري قبلت وعمدة من رأى أنه من المشتري تشبيهه بالبيع اللازم وهو ضعيف لقياسه
 موضع الخلاف على موضع الاتفاق وأما من جعل الضمان لمشتري الخيار إذا شرطه أحدهما ولم يشترطه الثاني
 فإلأنه إن كان البائع هو المشتري فاختياره إبقاء للبيع على ملكه وإن كان المشتري هو المشتري له فقط
 فقد صرفه البائع عن ملكه وأبأنه فوجب أن يدخل في ملك المشتري ومن قال يخرج من ملك البائع
 ولا يدخل في ملك المشتري إذا كان المشتري هو الذي شرطه فقط قال قد خرج عن ملك البائع لأنه لم يشترط
 خياراً ولم يلزم أن يدخل في ملك المشتري لأنه شرط الخيار في رد الآخوله ولكن هذا القول يمنع الحكم
 بأنه لا بد أن تكون مصيبتة من أحدهما واختلاف آيئل الى هل الخيار مشروط لا بإيقاع الفسخ في البيع
 أو لتقيم البيع فإذا قلنا لفسخ البيع فقد خرج من ضمان البائع وإن قلنا لتقيمه فهو في ضمانه
 (وأمالمسئلة الخامسة) وهي هل يورث خيار المبيع أم لا فإن مالكا والشافعي وأصحابهما قالوا يورث
 وأنه إذا مات صاحب الخيار فلورثته من الخيار مثل ما كان له وقال أبو حنيفة وأصحابه يبطل الخيار بموت
 من له الخيار ويتم البيع وهكذا عنده خيار الشفعة وخيار قبول الوصية وخيار الإقالة وسلم لهم أبو حنيفة
 خيار الرد بالعيب أعنى أنه قال يورث وكذلك خيار استحقاق الغنمية قبل القسم وخيار القصاص وخيار
 الرهن وسلم لهم مالك خيار رد الأب ما وهبه لابنه أعنى أنه لم يرورثة الميت من الخيار في رد ما وهبه لابنه
 ما جعله الشرع من ذلك أعنى للأب وكذلك خيار الكتابة والطلاق واللعان ومعنى خيار الطلاق
 أن يقول الرجل لرجل آخر طلق امرأتي متى شئت فموت الرجل المجهول له الخيار فإن ورثته لا يتنزلون
 منزلته عند مالك وسلم الشافعي ما سلمت الملكية للحنفية من هذه الخيارات وسلم زائد خيار الإقالة
 والقبول فقال لا يورثان وعمدة المالكية والشافعية أن الأصل هو أن تورث الحقوق والأموال الأماقام
 دليل على مفارقة الحق في هذا المعنى للمال وعمدة الحنفية أن الأصل هو أن تورث الحقوق كالأموال
 أم لا وكل واحد من الفريقين يشبه من هذا ما لم يسلمه له خصمه منها بما يسلمه منه له ويحتج على خصمه
 بالمالكية والشافعية تحتج على أبي حنيفة بتسليمه ورأته خيار الرد بالعيب وبشبهه سائر الخيارات
 التي يورثها وبالحنفية تحتج أيضا على المالكية والشافعية بما تمنع من ذلك وكل واحد منهم يروم
 أن يعطى فارقاً فيما يختلف فيه قوله ومشابهاً فيما يتفق فيه قوله ويروم في قول خصمه بالصد أعنى أن يعطى
 فارقاً فيما يرضه الخصم متفقاً ويعطى اتفاقاً فيما يرضه الخصم متبانياً مثل ما تقول المالكية إنما قلنا أن خيار
 الأب في رد هبته لا يورث لأن ذلك خيار راجع الى صفة في الأب لا توجد في غيره وهي الأبوة فوجب
 أن لا تورث لا الى صفة في العقد وهذا هو سبب اختلافهم في خيار أعنى أنه من انتقد حله في شيء منها
 أنه صفة للعقد ورثه ومن انتقد حله أنه صفة خاصة بذى الخيار لم يورثه (وأمالمسئلة السادسة) وهي من
 يصح خياره فانهم اتفقوا على صحة خيار المتبايعين واختلفوا في اشتراط خيار الاجنبي فقال مالك يجوز
 ذلك والبيع صحيح وقال الشافعي في أحد قوله لا يجوز إلا أن يؤكده الذي جعل له الخيار ولا يجوز الخيار عنده
 على هذا القول لغير العاقد وهو قول أحمد وللشافعي قول آخر مثل قول مالك وبقول مالك قال أبو حنيفة
 واتفق المذهب على أن الخيار للاجنبي إذا جعله للمتبايعين وإن قوله لازم لهما واختلف المذهب إذا جعله

أحدهما فاختلف البائع ومن جعل له البائع الخيار أو المشتري ومن جعل له المشتري الخيار ففيل القول في الامضاء والرد قول الاجنبى سواء اشترط خياره البائع أو المشتري وقال عكس هذا القول من جعل خياره هنا كالمشورة وقيل بالفرق بين البائع والمشتري أى ان القول في الامضاء والرد قول البائع دون الاجنبى وقول الاجنبى دون المشتري ان كان المشتري هو مشترط الخيار وقيل القول قول من أراد منهما الامضاء وان أراد البائع الامضاء وأراد الاجنبى الذى اشترط البائع خياره الرد ووافق المشتري فالقول قول البائع فى الامضاء وان أراد البائع الرد وأراد الاجنبى الامضاء ووافق المشتري فالقول قول المشتري وكذلك ان اشترط الخيار للاجنبى المشتري فالقول فيهما قول من أراد الامضاء وكذلك الحال فى المشتري وقيل بالفرق فى هذا بين البائع والمشتري أى ان اشترطه البائع فالقول قول من أراد الامضاء منهما وان اشترطه المشتري فالقول قول الاجنبى وهو ظاهر ما فى المسئلة وهذا كله ضعيف واختلفوا فحين اشترط من الخيار ما لا يجوز مثل ان يشترط أجلا مجهولا وخيارا فوق الثلاث عند من لا يجوز الخيار فوق الثلاث وأخير رجل بعيد للموضع بعينه أعنى أجنيا فقال مالك والشافعى لا يصح البيع وان أسقط الشرط الفاسد وقال أبو حنيفة يصح البيع مع اسقاط الشرط الفاسد فأصل الخلاف هل الفساد الواقع فى البيع من قبل الشرط يتعدى الى العقد أم لا يتعدى وانما هو فى الشرط فقط فن قال يتعدى أبطل البيع وان أسقطه ومن قال لا يتعدى قال البيع يصح اذا أسقط الشرط الفاسد لأنه يبقى العقد صحيحا

﴿ كتاب بيع المراجعة ﴾

أجمع جمهور العلماء على ان البيع صنفان مساومة ومراجعة وان المراجعة هي ان يذكر البائع للمشتري الثمن الذى اشترى به السلعة ويشترط عليه رجحاما للدينار أو الدرهم واختلفوا من ذلك بالجلة فى موضعين أحدهما فى البائع أن يعده من رأس مال السلعة مما أنفق على السلعة بعد الشراء بمائس له ان يعده من رأس المال والموضع الثانى اذا كذب البائع للمشتري فأخبرانه اشتراه بأكثر مما اشترى السلعة به أو وهم فآخبر بأقل مما اشترى به السلعة ثم ظهر له أنه اشتراها بأكثر فى هذا الكتاب بحسب اختلاف فقهاء الامصار بابان الباب الأول فيما يعده من رأس المال مما لا يعده وفى صفة رأس المال الذى يجوز ان يبنى عليه الربح الثانى فى حكم ما وقع من الزيادة والنقصان فى خبر البائع بالثمن

﴿ الباب الأول ﴾

فأما ما يعده فى الثمن مما لا يعده فان تحصيل منه مال فى ذلك ان ما ينوب البائع على السلعة زائدا على الثمن ينقسم ثلاثة أقسام قسم يعد فى أصل الثمن ويكون له حظ من الربح وقسم يعد فى أصل الثمن ولا يكون له حظ من الربح وقسم لا يعد فى أصل الثمن ولا يكون له حظ من الربح فأما الذى يحسبه فى رأس المال ويجعل له حظا من الربح فهو ما كان مؤثرا فى عين السلعة مثل الخياطة والصبغ وأما الذى يحسبه فى رأس المال ولا يجعل له حظا من الربح فلا يؤثر فى عين السلعة مما لا يمكن البائع ان يتولاه بنفسه كحمل المتاع من بلد الى بلد وكراء البيوت التى توضع فيها وأما ما لا يحتسب فيه فى الامر بن جميعا فماليس له تأثير فى عين السلعة مما يمكن ان يتولاه صاحب السلعة بنفسه كالسمرة والطى والشدة

وقال أبو حنيفة بل يحمل على ثمن السلعة كل مانابه عليها وقال أبو ثور لا يجوز المراجعة إلا بالثمن الذي اشترى به السلعة فقط إلا أن يفصل ويقسخ عنده أن وقع قال لأنه كذب لأنه يقول له ثمن سلعتي كذا وكذا وليس الأمر كذلك وهو عنده من باب الغش وأما صفة رأس الثمن الذي يجوز أن يخبر به فإن مالكا والليث قال فيمن اشترى سلعة بدنانير والصرف يوم اشتراها صرف معلوم ثم باعها بدراهم والصرف قد تغير إلى زيادة أنه ليس له أن يعلم يوم باعها بالدنانير التي اشتراها لأنه من باب الكذب والخيانة وكذلك أن اشتراها بدراهم ثم باعها بدنانير وقد تغير الصرف واختلف أصحاب مالك من هذا الباب فيمن ابتاع سلعة بعروض هل يجوز له أن يبيعها مربحة أم لا يجوز فإذا قلنا بالجواز فهل يجوز ببقية العرض أو بالعرض نفسه فقال ابن القاسم يجوز له بيعها على ما اشتراه به من العروض ولا يجوز على القيمة وقال أشهب لا يجوز لمن اشترى سلعة بشئ من العروض أن يبيعها مربحة لأنه يطلبه بعروض على صفة عرضه وفي الغالب ليس يكون عنده فهو من باب بيع ماليس عنده واختلف مالك وأبو حنيفة فيمن اشترى سلعة بدنانير فأخذ في الدنانير عروضاً وأدراهم هل يجوز له بيعها مربحة دون أن يعلم بمناقده أم لا يجوز فقال مالك لا يجوز إلا أن يعلم بمناقده وقال أبو حنيفة يجوز أن يبيعها منه مربحة على الدنانير التي ابتاع بها السلعة دون العروض التي أعطى فيها والأدراهم وقال مالك أيضاً فيمن اشترى سلعة بأجل فباعها مربحة أنه لا يجوز حتى يعلم بالأجل وقال الشافعي أن وقع كان للمشتري مثل أجله وقال أبو ثور هو كالغيب وله الرد به وفي هذا الباب في المنهب فروع كثيرة ليست بمقاصدناه

﴿ الباب الثاني ﴾

واختلفوا فيمن ابتاع سلعة مربحة على ثمن ذكره ثم ظهر بعد ذلك إما بإقراره وإما بينة أن الثمن كان أقل والسلعة قائمة فقال مالك وجاعة المشتري بالخيار إما أن يأخذ بالثمن الذي صح أو يترك إذا لم يلزمه البائع أخذها بالثمن الذي صح وإن ألزمه لزمه وقال أبو حنيفة وزفر بل المشتري بالخيار على الإطلاق ولا يلزمه الأخذ بالثمن الذي أن ألزمه البائع لزمه وقال الثوري وابن أبي ليلى وأحمد وجاعة بل يبقى البيع لازماً له بعد حط الزيادة وعن الشافعي القولان القول بالخيار مطلقاً والقول باللزوم بعد الحط فحجة من أوجب البيع بعد الحط أن المشتري إنما أربحه على ما ابتاع به السلعة لا غير ذلك فلما ظهر خلاف ما قال وجب أن يرجع إلى الذي ظهر كالأخذ بكييل معلوم فخرج بغير ذلك الكيل أنه يلزمه توفية ذلك الكيل وحجة من رأى أن الخيار مطلقاً تشبيه الكذب في هذه المسئلة بالغيب أعني أنه كما يوجب الغيب الخيار كذلك يوجب الكذب وأما إذا فانت السلعة فقال الشافعي يحط بمقدار ما زاد من الثمن وما وجبه من الربح وقال مالك أن كانت قيمتها يوم القبض أو يوم البيع على خلاف عنه في ذلك مثل ما وزن المتبائع أو أقل فلا يرجع عليه المشتري بشئ وإن كانت القيمة أقل خبر البائع بين رده للمشتري القيمة أو رده الثمن أو أمضائه السلعة بالثمن الذي صح وأما إذا باع الرجل سلعته مربحة ثم أقام البينة أن ثمنها أكثر مما ذكره وأنه وهم في ذلك وهي قائمة فقال الشافعي لا يسمع من تلك البينة لأنه كذبها وقال مالك يسمع منها ويحجب المتبائع على ذلك الثمن وهذا بعيد لأنه يبيع آخر وقال مالك في هذه المسئلة إذا فانت السلعة أن المتبائع خير بين أن يعطي قيمة السلعة يوم قبضها أو أن يأخذها بالثمن الذي صح فهذه هي مشهورات مسائلهم في هذا

الباب ومعرفة أحكام هذا البيع تنبني في مذهب مالك على معرفة أحكام ثلاث مسائل وماتركب منها حكم مسألة الكذب وحكم مسألة الغش وحكم مسألة وجود العيب فأما حكم الكذب فقد تقدم وأما حكم الرد بالعيب فهو حكمه في البيع المطلق وأما حكم الغش عنده فهو تخيير البائع مطلقا وليس للبائع ان يلزمه البيع وان حط عنه مقدار الغش كإلحاح ذلك في مسألة الكذب هذا عند ابن القاسم وأما عند أشهب فان الغش عنده ينقسم قسمين قسم مؤثر في الثمن وقسم غير مؤثر فأما غير المؤثر فلا حكم عنده فيه وأما المؤثر فحكمه عنده حكم الكذب وأما التي تركب فهي أربع مسائل كذب وغش وكذب وتدليس وغش وتدليس بعيب وكذب وغش وتدليس بعيب وأصل مذهب ابن القاسم فيها انه يأخذ بالذي بقي حكمه ان كان فات بحكم أحدهما أو بالذي هو أرجح له ان لم يفت حكم أحدهما أما على التخيير حيث يمكن التخيير أو الجع حيث يمكن الجع وتفصيل هذا لائق بكتب الفروع أعني مذهب ابن القاسم وغيره

✽ كتاب بيع العربية ✽

اختلف الفقهاء في معنى العربية والرخصة التي أتت فيها في السنة فحكى القاضي أبو محمد عبد الوهاب المالكي أن العربية في مذهب مالك هي ان يهب الرجل ثمرة نخلة أو نخلات من دونه لرجل بعينه فيجوز للمعري شراؤها من المعري له بخصها ثمرا على شروط أربعة أحدها ان تزهي والثاني ان تكون خمسة أو سق فادون فان زادت فلا يجوز والثالث ان يعطيه التمر الذي يشتريها به عند الجذاذ فان أعطاه تقدا لم يجز والرابع ان يكون التمر من صنف تمر العربية ونوعها فعلى مذهب مالك الرخصة في العربية انما هي في حق المعري فقط والرخصة فيها انما هي استئناؤها من الزاينة وهي بيع الرطب بالتمر الجاف الذي ورد النهي عنه ومن صنف الربا أيضا أعني التفاضل والنساء وذلك ان يبيع تمر معلوم الكيل بتمر معلوم بالتخمين وهو اخصر فيدخله بيع الجنس الواحد متفاضلا وهو أيضا تمر بتمر الى أجل فهذا هو مذهب مالك فيها هي العربية وانما هي الرخصة فيها ولن الرخصة فيها وأما الشافعي فعني الرخصة الواردة عنده فيها ليست للمعري خاصة وانما هي لكل أحد من الناس أراد ان يشتري هذا القدر من التمر أعني الخمسة أو سق أو مادون ذلك بتمر مثلها وروى أن الرخصة فيها انما هي معلقة بهذا القدر من التمر لضرورة الناس ان يأكلوا رطبا وذلك لمن ليس عنده رطب ولا تمر (٧) يشتري به الرطب والشافعي يشترط في اعطاء التمر الذي تباع به العربية ان يكون تقدا ويقول ان تفرقا قبل القبض فسد البيع والعربية جائزة عند مالك في كل ما يبس ويدخر وهي عند الشافعي في التمر والعنب فقط ولا خلاف في جوازها فيما دون الخمسة الاوسق عند مالك والشافعي وعندهما الخلاف اذا كانت خمسة أو سق فروى الجواز عنهما والمنع والاشهر عند مالك الجواز فالشافعي يخالف مالك في العربية في أربعة مواضع أحدها في سبب الرخصة كإقلنا والثاني أن العربية التي رخص فيها ليست هبة وانما سميت هبة على التجوز والثالث في اشتراط النقد عند البيع والرابع في محلها فهي عنده كإقلنا في التمر والعنب فقط وعند مالك في كل ما يدخر ويبس وأما عند ابن حنبل فيوافق مالكا في أن العربية عنده هي الهبة ويخالفه في أن الرخصة انما هي عنده فيها للموهوب بله أعني المعري له

(٧) هكذا بالنسخ ولعله وعنده تمر يشتري اذهي فسحة لمن عنده تمر وليس عنده رطب أن يشتري الرطب بالتمر ولذلك اشترط الشافعي دفع التمر تقدا ثملا اه مصححه

لا المعري وذلك انه يرى ان له ان يبيعها من شاء بهذه الصفة لا من المعري خاصة كما ذهب اليه مالك
 وأما أبو حنيفة فيوافق مالكاً في ان العربية هي الهبة ويخالفه في صفة الرخصة وذلك أن الرخصة عنده
 فيها ليست هي من باب استثنائها من الزبانة ولا هي في الجلة في البيع وإنما الرخصة عنده فيها من باب
 رجوع الواهب في هبته اذ كان الموهوب له لم يقبضها وليست عنده ببيع وإنما هي رجوع في الهبة
 على صفة مخصوصة وهو أن يعطى بدلها ثمر بخرصها وعمدة مذهب مالك في العربية أنها باصفة التي ذكر
 سنها المشهورة عندهم بالمدينة قالوا وأصل هذا ان الرجل كان يهب النخلات من حائله فيشقى عليه
 دخول الموهوب له عليه فأبيح له أن يشتري بخرصها ثمر عند الجذاذ ومن الحجة له في أن الرخصة إنما هي
 للمعري حديث سهل بن أبي حنيفة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمر بالرطب الا انه رخص
 في العربية أن تباع بخرصها يأكلها أهلها رطباً قالوا فقولها يأكلها رطباً دليل على ان ذلك خاص بعرها
 لانهم في ظاهر هذا القول أهلها ويمكن أن يقال ان أهلها هم الذين اشتروها كائناً من كان لكن قوله رطباً
 هو لتعليل لا يناسب المعري وعلى مذهب الشافعي هو مناسب وهم الذين ليس عندهم رطب ولا ثمر
 يشترونه به ولذلك كانت الحجة للشافعي وأما ان العربية عنده هي الهبة فالدليل على ذلك من اللغة
 فان أهل اللغة قالوا العربية هي الهبة واختلف في تسميتها بذلك فقيل لانها عريت من الثمن وقيل انها
 مأخوذة من عروت الرجل أعروه اذا سألته ومنه قوله تعالى (وأطعموا القانع والمعتّر) وإنما اشترط
 مالك تقدّم الثمن عند الجذاذ أعنى تأخيره الى ذلك الوقت لأنه تمر وورد الشرع بخرصه فكان من سنته
 أن يتأجل الى الجذاذ أصله الزكاة وفيه ضعف لأنه مصادمة بالقياس لأصل السنة وعنده انه اذا تقطوع
 بعد تمام العقد بتجهيل التمر جاز وأما اشتراطه جوازها في الخمسة الاوسق أو فيادونها فلما رواه عن
 أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أرخص في بيع العرايا بخرصها فيادون خمسة أوسق أو في خمسة
 أوسق وإنما كان عن مالك في الخمس الاوسق روايتان للشك الواقع في هذا الحديث من الراوى
 وأما اشتراطه أن يكون من ذلك الصنف بعينه اذا بيع فلما روى عن زيد بن ثابت أن رسول الله صلى الله
 عليه وسلم رخص لصاحب العريّة أن يبيعها بخرصها ثمر اخرجه مسلم وأما الشافعي فعمدته حديث رافع
 ابن خديج وسهل بن أبي حنيفة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن المزبنة الثمر بالتمر الا أصحاب العرايا
 فإنه أذن لهم فيه وقوله فيها يأكلها أهلها رطباً والعربية عندهم هي اسم لما دون الخمسة الاوسق من الثمر
 وذلك انه لما كان العرف عندهم أن يهب الرجل في الغالب من نخلاته هذا القدر فيادونه خص هذا القدر
 الذي جاءت فيه الرخصة باسم الهبة لموافقتها في القدر للهبة وقد احتج له به بما رواه باسناد منقطع
 عن مجاهد بن لبيد أنه قال لرجل من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم اما زيد بن ثابت واما غيره
 ما عراياكم هذه قال فسمي زجلاً محتاجين من الانصار شكوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الرطب
 أثق وليس بأيديهم نقد يتعاون به الرطب فيأكلونه مع الناس وعندهم فضل من قوتهم من الثمر
 فرخص لهم أن يتناعوا العرايا بخرصها من الثمر الذي بأيديهم يأكلونه رطباً وبالمجز تأخير نقد الثمر
 لانه بيع الطعام بالطعام نسبته وأما أحد فحجته ظاهر الاحاديث المتقدمة انه رخص في العرايا ولم يخص
 المعري من غيره وأما أبو حنيفة فلما لم يجز عنده المزبنة وكانت ان جعلت يبيعاً نوعاً من المزبنة رأى ان

انصرفا الى المعرى ليس هو من باب البيع وانما هو من باب رجوع الواهب فيما وهب باعطاء خرصها خرأ
وتسميته اياها بعا عنده مجاز وقد التفت الى هذا المعنى مالك في بعض الروايات عنه فلم يجز بيعها بالدرهم
ولا بشئ من الاشياء سوى الخرص وان كان المشهور عنه جواز ذلك وقد قيل ان قول أبى حنيفة هذا
هو من باب تغليب القياس على الحديث وذلك انه خالف الاحاديث في مواضع منها انه لم يسمها بيعا
وقد نص الشارع على تسميتها بيعا ومنها انه جاء في الحديث أنه نهى عن المزابنة ورخص في العرايا
وعلى مذهبه لا تكون العربية استثناء من المزابنة لأن المزابنة هي في البيع والعجب منه انه سهل عليه
أن يستثنىها من النهى عن الرجوع في الهبة التي لم يقع فيها استثناء بنص الشرع وعسر عليه أن يستثنىها
عما استثنى منه الشارع وهي المزابنة والله أعلم

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما ﴾

﴿ كتاب الاجارات ﴾

والنظر في هذا الكتاب شبه بالنظر في البيوع أعني ان أصوله تنحصر بالنظر في أنواعها وفي شروط
الصحة فيها والفساد وفي أحكامها وذلك في نوع نوع منها أعني فيما يخص نوعا نوعا منها وفيما يعم أكثر من
واحد منها فهذا الكتاب ينقسم أولا الى قسمين القسم الأول في أنواعها وشروط الصحة والفساد
والثاني في معرفة أحكام الاجارات وهذا كله بعد قيام الدليل على جوازها فلنذكر أولا ما في ذلك من
الخلافا ثم نصير الى ذكر ما في ذلك القسمين من المسائل المشهورة اذ كان قصدنا انما هو ذكر المسائل
التي تجرى من هذه الاشياء مجرى الامهات وهي التي اشتهر فيها الخلاف بين فقهاء الامصار (فنقول)
ان الاجارة جائزة عند جميع فقهاء الامصار والصلر الأول وحكي عن الاصم وابن علية منعها ودليل
الجمهور قوله تعالى (اني أريد أن أنكحك احدى ابنتي هاتين) الآية وقوله (فان أَرْضَعْن لَكُمْ
فَأَتَوْهُنَّ أَجُورَهُنَّ) ومن السنة الثابتة ما أخرجه البخارى عن عائشة قالت استأجر رسول الله صلى
الله عليه وسلم وأبو بكر رجلا من بني الدئل هادي آخرتنا وهو على دين كفار قريش فدفعنا اليه راحلتيهما
وواعداه غارنور بعد ثلاث ليلال راحلتيهما وحديث جابر أنه باع من النبي صلى الله عليه وسلم بعرا وشروط
ظهره الى المدينة وما جاز استيفاءه بالشرط جاز استيفاءه بالاجر وشبهة من منع ذلك أن المعاوضات
انما يستحق فيها تسليم الثمن بتسليم العين كالحال في الاعيان المحسوسة والمنافع في الاجارات وفي وقت العقد
معدومة فكان ذلك غررا ومن يبيع مالم يخلق ويمنح نقول انها وان كانت معدومة في حال العقد فهي
مستوفاة في الغالب والشرع انما لحظ من هذه المنافع ما يستوفي في الغالب أو يكون استيفاءه وعدم
استيفائه على السواء (القسم الأول) وهذا القسم النظر فيه في جنس الثمن وجنس المنفعة
التي يكون الثمن مقابلا له وصفتها فأما الثمن فينبغي أن يكون مما يجوز بيعه وقد تقدم ذلك في باب البيوع
وأما المنفعة فينبغي أن تكون من جنس مالم يملكه الشرع عنه وفي كل هذه مسائل اتفقوا عليها واختلفوا
فيها فيما جتمعوا على ابطال اجارته كل منفعة كانت لشئ محرم العين وكذلك كل منفعة كانت محرمة
بالشرع مثل أجر النواجم وأجر المغنيات وكذلك كل منفعة كانت فرض عين على الانسان بالشرع
مثل الصلاة وغيرها واتفقوا على اجارة الرور والدواب والناس على الافعال المباحة وكذلك الثياب

والبسط واختلفوا في اجارة الارضين وفي اجارة المؤذن وفي الاجارة على تعليم القرآن
وفي اجارة زرو الفحول فأما كراء الارضين فاختلفوا فيها اختلافا كثيرا فقوم لم يجوزوا ذلك بسة
وهم الاقل وبه قال طائوس وأبو بكر بن عبد الرحمن وقال الجمهور بجواز ذلك واختلف هؤلاء فيما يجوز به
كراؤها فقال قوم لا يجوز كراؤها الا بالدراهم والدنانير فقط وهو مذهب ربيعة وسعيد بن المسيب وقال قوم
يجوز كراء الارض بكل شيء ماعدا الطعام وسواء كان ذلك بالطعام الخارج منها أو لم يكن وما عدا ما ينبت
فيها كان طعاما أو غيره وإلى هذا ذهب مالك وأكثر أصحابه وقال آخرون يجوز كراء الأرض بما عدا
الطعام فقط وقال آخرون يجوز كراء الارض بكل العروض والطعام وغير ذلك ما لم يكن بجزء مما يخرج
منها من الطعام ومن قال بهذا القول سالم بن عبد الله وغيره من المتقدمين وهو قول الشافعي وظاهر قول
مالك في الموطأ وقال قوم يجوز كراؤها بكل شيء وبجزء مما يخرج منها وبه قال أحمد والثوري والليث
وأبو يوسف ومحمد صاحب أبي حنيفة وابن أبي ليلى والاوزاعي وجاعة وعمدة من لم يجز كراءها بحال
مارواه مالك بسنده عن رافع بن خديج أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن كراء المزارع قالوا
وهذا عام وهو لا لم يلتفتوا إلى ما روى مالك من تخصيص الراوى له حين روى عنه قال حنظلة فسألت
رافع بن خديج عن كراها بالذهب والورق فقال لا بأس به وروى هذا عن رافع ابن عمر وأخذ بعمومه
وكان ابن عمر قبل يكرى أرضه فترك ذلك وهذا بناء على رأى من يرى أنه لا يخصص العموم بقول الراوى
وروى عن رافع بن خديج عن أبيه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اجارة الارضين
قال أبو عمر بن عبد البر واحتجوا أيضا بحديث ضمرة عن ابن شاذب عن مطرف عن عطاء عن جابر
قال خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال من كانت له أرض فليزرعها أو ليزرعها ولا يؤاجرها
فهذه هي جملة الأحاديث التي تمسك بها من لم يجز كراء الأرض وقالوا أيضا من جهة المعنى أنه لم يجز كراؤها
لما في ذلك من الضرر لأنه يمكن أن يصيب الزرع جائحة من نار أو حط أو غرق فيكون قد لزمه كراؤها من
غير أن يتنفع من ذلك بشيء قال القاضي ويشبه أن يقال في هذا ان المعنى في ذلك قصد الفرق بالناس
لكثرة وجود الارض كنهى عن بيع الماء ووجه الشبه بينهما أنها أصلا الخلق وأما عمدة من لم يجز
كراها الا بالدراهم والدنانير فحديث طارق بن عبد الرحمن عن سعيد بن المسيب عن رافع بن خديج عن
النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال انما يزرع ثلاثة رجل له أرض فليزرعها ورجل منع أرضا فهو يزرع ما منح
ورجل أكثرى بذهب أو فضة قالوا فلا يجوز أن يتعدى ما في هذا الحديث والاحاديث الاخر مطلقه وهذا
مقيّد ومن الواجب حل المطلق على المقيّد وعمدة من أجاز كراءها بكل شيء ماعدا الطعام وسواء كان
الطعام مدخرا أو لم يكن حديث يعلى بن حكيم عن سليمان بن يسار عن رافع بن خديج قال قال رسول الله
صلى الله عليه وسلم من كانت له أرض فليزرعها أو ليزرعها أخاه ولا يكرها بثلث ولا ربع ولا بطعام معين
قالوا وهذا هو معنى المحاقلة التي نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عنها وذكرها حديث سعيد بن المسيب
مر فوعا وفيه والمحاقلة استكراء الارض بالحنطة قالوا أيضا فإنه من باب بيع الطعام بالطعام نسيئة وعمدة
من لم يجز كراءها بالطعام ولا بشيء مما يخرج منها اما بالطعام فحجته حجة من لم يجز كراءها بالطعام وأما حاجته
على منع كراها بما تنبت فهو ما ورد من نهيه صلى الله عليه وسلم عن الخبارة قالوا وهي كراء الارض

بما يخرج منها وهذا قول مالك وكل أصحابه وعمدة من أجاز كراءها بجميع العروض والطعام وغير ذلك بما يخرج منها أنه كراء منفعة معلومة بشئ معلوم بخلاف قياسا على اجارة سائر المنافع وكأن هؤلاء ضعفوا أحاديث رافع روى عن سالم بن عبد الله وغيره في حديث رافع أنهم قالوا اكترى رافع قالوا وقد جاء في بعض الروايات عنه ما يجب أن يحمل عليها سائرهما قال كذا أكثر أهل المدينة حقلا قال وكان أحدنا يكرى أرضه ويقول هذه القطعة لى وهذه لك وربما أخرجت هذه ولم يخرج هذه ففهمم النبي صلى الله عليه وسلم خرج البخارى وأما من لم يميز كراءها بما يخرج منها فعمدته النظر والاثر أما الاثر فما ورد من النهى عن المخاربة وما ورد من حديث ابن خديج عن ظهير بن نافع قال نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أمر كان بنا رفقا فقلت ما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فلهو حق قال دعاني رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ما تصنعون بمحاقلكم قلنا نؤاجر على الربع وعلى الاوسق من التمر والشعير فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تفعلوا الزرعوها أو زارعوها وأمسكوها وهذا الحديث اتفق على تصحيحه الامامان البخارى ومسلم وأما من أجاز كراءها بما يخرج منها فعمدته حديث ابن عمر الثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دفع الى يهود خيبر نخيل وخيبر وأرضا على أن يعملوها من أموالهم على نصف ما تخرجها الارض والتمر قالوا وهذا الحديث أولى من أحاديث رافع لانها مضطربة المتون وإن صحت أحاديث رافع جللتها على الكراهية لاعلى الخطر بدليل ما خرج البخارى ومسلم عن ابن عباس أنه قال ان النبي صلى الله عليه وسلم لم ينه عنها ولكن قال ان يمنع أحدكم أخاه يكن خيرا له من أن يأخذ منه شيئا قالوا وقد قدم معاذ بن جبل العن حبان بعثه رسول الله صلى الله عليه وسلم وهم يخاربون فأقرهم (وأما اجارة المؤذن) فان قوما لم يروا في ذلك بأسا وقوما كرهوا ذلك والذين كرهوا ذلك ورحمهم احتجوا بما روى عن عثمان بن أبي العاص قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اتخذمؤذنا لا يأخذ على أذانه أجرا والذين أباحوه قاسوه على الافعال غير الواجبة وهذا هو سبب الاختلاف أعنى هل هو واجب أم ليس بواجب * وأما الاستتجار على تعليم القرآن فقد اختلفوا فيه أيضا وكرهه قوم وأجازوه آخرون والذين أباحوه قاسوه على سائر الافعال واحتجوا بما روى عن خارجة بن الصامت عن عمه قال أقبلنا من عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فأتينا على حى من أحياء العرب فقالوا انكم جئتم من عند هذا الرجل فهل عندكم دواء أو رقية فان عندنا معنوه فى القيود فقلنا نعم فجأوا به فجعلت أقرأ عليه بفاتحة الكتاب ثلاثة أيام غدوة وعشية أجمع يرينى ثم أتفل عليه فكنما نشط من عقالي فأعطونى جعلاً فقلت لا حتى أسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأته فقال كل فلعمري لمن أكل رقية باطلا فلقد أكلت رقية حقا وبما روى عن أبي سعيد الخدرى ان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا فى غزاة فمروا بجي من أحياء العرب فقالوا هل عندكم من راق فان سيد الحى قلبدغ أو قد عرض له قال فرقى رجل بفاتحة الكتاب فبرى فاعطى فليعلم الغنم فأبى أن يقبلها فسأل عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال بمرقته قال بفاتحة الكتاب قال وما يدريك أنها رقية قال ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم خذوها واضربوا الى معكم فيها بسهم وأما الذين كرهوا الجعل على تعليم القرآن فقالوا هو من باب الجعل على تعليم الصلاة قالوا ولم يكن الجعل المذكور فى الاجارة على تعليم القرآن وإنما كان على الرقى وسواء

كان الرقي بالقرآن أو غيره الاستئجار عليه عندنا جائز كالعلاجيات قالوا وليس واجباً على الناس وأما تعليم
القرآن فهو واجب على الناس * وأما اجارة الفحول من الابل والبقر والدواب فأجاز مالك أن يكرى
الرجل لخله على أن ينزوا كوامعا ولم يجز ذلك أبو حنيفة ولا الشافعي وحجة من لم يجز ذلك ما جاء من
النهي عن عسب الفحل ومن أجازره شبه بسائر المنافع وهذا ضعيف لأنه تغليب القياس على السماع
واستئجار الكلب هو أيضاً من هذا الباب وهو لا يجوز عند الشافعي ولا عند مالك والشافعي يشترط
في جواز استئجار المنفعة أن تكون متقومة على انفرادها فلا يجوز استئجار تفاعلة للشم ولا طعام
لتزيين الخانوت إذ هذه المنافع ليس لها قيم على انفرادها فهو لا يجوز عند مالك ولا عند الشافعي ومن هذا
الباب اختلاف المذهب في اجارة اليراهم والدناير وبالجملة كل ما يعرف بعينه فقال ابن القاسم لا يصح
اجارة هذا الجنس وهو قرض وكان أبو بكر الأبهري وغيره يزعم أن ذلك يصح وتلزم الأجرة فيه وإتمامه
من منع اجارتها لأنه لم يتصور فيها منفعة الا بتألف غيرها ومن أجاز اجارتها تصور فيها منفعة مثل أن يتجمل
بها أو يتكثراً وغير ذلك مما يمكن أن يتصور في هذا الباب فهذه هي مشهورات مسائل الخلاف المتعلقة
بجنس المنفعة * وأما مسائل الخلاف المتعلقة بجنس الثمن فهي مسائل الخلاف المتعلقة بما يجوز أن يكون
ثمناً في المبيعات وما لا يجوز ومما ورد النهي فيه من هذا الباب ما روي أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن
عسب الفحل وعن كسب الحجام وعن قفيز الطحان قال الطحاوي ومعنى نهى النبي صلى الله عليه وسلم
عن قفيز الطحان هو ما كانوا يفعلونه في الجاهلية من دفع القمح الى الطحان بجزء من الدقيق الذي
يطعنه قالوا وهذا لا يجوز عندنا وهو استئجار من المستأجر بعين ليس عنده ولا هي من الأشياء التي
تكون ديناً على الذم ووافق الشافعي على هذا وقال أصحابه لو استأجر السلاخ والجلد والطحان بالبخالة
أو بصاع من الدقيق فسد لثمنه صلى الله عليه وسلم عن قفيز الطحان وهذا على مذهب مالك جائز لأنه
استأجره على جزء من الطعام معلوم وأجرة الطحان ذلك الجزء وهو معلوم أيضاً وأما كسب الحجام
فذهب قوم الى تحريره وخالفهم في ذلك آخرون فقالوا كسبه ردى يكره للرجل وقال آخرون بل هو
مباح والسبب في اختلافهم تعارض الآثار في هذا الباب فمن رأى أنه حرام احتج بما روي عن أبي هريرة
قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من السعت كسب الحجام وبما روي عن أنس بن مالك قال حرم
رسول الله صلى الله عليه وسلم كسب الحجام وروي عن عون بن أبي جحيفة قال اشترى أبي حنيفة فكسر
مخارجه فقلت له يا أبا تم كسرتها فقال ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الدم وأما من رأى
إباحة ذلك فاحتج بما روي عن ابن عباس قال احتجهم رسول الله صلى الله عليه وسلم وأعطى الحجام
أجره قالوا ولو كان حراماً لم يعطه وحديث جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دعا بأطبية فحججه فساءله
كم ضرير يتك فقال ثلاثة أصع فوضع عنه صاعاً وعنه أيضاً أنه أمر للحجام بصاع من طعام وأمر مواليه
أن يخففوا عنه وأما الذين قالوا بكرهيته فاحتجوا بما روي أن رفاعة بن رافع أو رافع بن رفاعة جاء الى
مجلس الأنصاري فقال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن كسب الحجام وأمرنا أن نطعمه فأنحنا
وبما روي عن رجل من بني حارثة كان له حجام وسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فنهاه ثم عاد
فنهاه ثم عاد فنهاه فلم يزل يراجع حتى قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ألعف كسبه فأنحنا وأطعمه رقيقك

(ومن هذا الباب أيضا) اختلافهم في اجارة دار بسكنى دار أخرى فأجاز ذلك مالك ومنعه أبو حنيفة ولعله رآهم من باب الدين بالدين وهذا ضعيف فلهذه مشهورات مسائلهم فيما يتعلق بحسن النحر وبجس النمنمة * وأما ما يتعلق بأوصافها فنذكر أيضا المشهور منها فمن ذلك أن جمهور فقهاء الأمصار مالك وأبو حنيفة والشافعي اتفقوا بالجلية ان من شرط الاجارة أن يكون النمن معلوما والمنفعة معلومة القدر وذلك اما بغنايتها مثل خياطة الثوب وعمل الباب واما بضرب الأجل اذا لم تكن لها غاية مثل خدمة الأجير وذلك اما بالزمان ان كان عملا واستيفاء منفعة متصلة الوجود مثل كراء الدور والحوانيت واما بالمكان ان كان شيئا مثل كراء الرواحل وذهب أهل الظاهر وطائفة من السلف الى جواز اجارات المجبولات مثل أن يعطى الرجل جاره لمن يسقى عليه أو محتطب عليه بنصف ما يعود عليه وعمدة الجمهور أن الاجارة بيع فامتنع فبهان الجهل لمكان القبن ما امتنع في المبيعات واحتج الفريق الثاني بقياس الاجارة على القراض والمساواة والجمهور على أن القراض والمساواة مستثنيان بالسنة فلا يقاس عليهما بخروجهما عن الأصول وانفق مالك والشافعي على أنهما اذا ضرا بالمنفعة التي ليس لها غاية أمدا من الزمان محدودا وحددوا أيضا أول ذلك الأمد وكان أوله عقب العقد ان ذلك جائز واختلفوا اذا لم يحددوا أول الزمان أو حددوه ولم يكن عقب العقد فقال مالك يجوز اذا حدد الزمان ولم يحدد أوله مثل أن يقول له استأجر منك هذه الدار سنة بكذا أو شهرا بكذا ولا يذكر أول ذلك الشهر ولا أول تلك السنة وقال الشافعي لا يجوز ويكون أول الوقت عندما لك وقت عقد الاجارة فمنعه الشافعي لأنه غرر وأجاز مالك لأنه معلوم بالعادة وكذلك لم يجز الشافعي اذا كان أول العقد متراخيا عن العقد وأجازه مالك واختلف قول أصحابه في استئجار الارض غير المأثومة التغيير فيما بعد من الزمان وكذلك اختلف مالك والشافعي في مقدار الزمان الذي تقدر به هذه المنافع فمالك يجوز ذلك السنين الكثيرة مثل أن يكرى الدار لعشرة أعوام أو أكثر مما لا تتغير الدار في مثله وقال الشافعي لا يجوز ذلك لأكثر من عام واحد واختلف قول ابن القاسم وابن الماجشون في أرض المطر وأرض السقي بالعيون وأرض السقي بالآبار والانهار فأجاز ابن القاسم فيها الكراء السنين الكثيرة وفصل ابن الماجشون فقال لا يجوز الكراء في أرض المطر الا لعام واحد وأما أرض السقي بالعيون فلا يجوز كراؤها الا لثلاثة أعوام وأربعة وأما أرض الآبار والانهار فلا يجوز الا لعشرة أعوام فقط فالاختلاف ههنا في ثلاثة مواضع في تحديد أول المدة وفي طولها وفي بعدها من وقت العقد وكذلك اختلف مالك والشافعي اذا لم يحدد المدة وحدد القدر الذي يجب لاقول المدة مثل أن يقول أكثرى منك هذه الدار الشهر بكذا ولا يضربان لذلك أمدا معلوما فقال الشافعي لا يجوز وقال مالك وأصحابه يجوز على قياس أن ينعك من هذه الصبرة بحساب القفيز بدرهم وهذا لا يجوز غيره وسبب الخلاف اعتبار الجهل الواقع في هذه الاشياء هل هو من القرار المعفو عنه والمنهى عنه ومن هذا الباب اختلافهم في البيع والاجارة أجازه مالك ومنعه الشافعي وأبو حنيفة ولم يجز مالك أن يقترن بالبيع الا الاجارة فقط ومن هذا الباب اختلافهم في اجارة المشاع فقال مالك والشافعي هي جائزة وقال أبو حنيفة لا يجوز لان عنده أن الاتفاق بها مع الاشاعة متعذر وعندما لك والشافعي أن الاتفاق بها ممكن مع شريكه كاتفاق المكري بها مع شريكه أعنى رب المال ومن هذا الباب استئجار الاجير بطعامه وكسوته وكذلك الظئر فنع الشافعي ذلك

على الاطلاق وأجاز مالك ذلك على الاطلاق أعنى في كل أجبر وأجاز ذلك أبو حنيفة في الظن فقط -
وسبب الخلاف هل هي اجارة مجهولة أم ليست مجهولة فهذه هي شرائط الاجارة الراجعة الى الثمن والمثمن
واما أنواع الاجارة فان العلماء على أن الاجارة على ضربين اجارة منافع أعيان محسوسة واجارة منافع
في التمة قياسا على البيع والذي في التمة من شرطه الوصف والذي في العين من شرطه الرؤية أو الصفة
عنده كالحال في المبيعات ومن شرط الصفة عنده ذكر الجنس والنوع وذلك في الشيء الذي تستوفي
منافعه وفي الشيء الذي تستوفي به منافعه فلا بد من وصف المركوب مثلا والحل الذي تستوفي به منفعة
المركوب وعند مالك أن الراكب لا يحتاج أن يوصف وعند الشافعي يحتاج الى الوصف وعند ابن القاسم
أنه اذا استأجر الراعي على غنم باعيانها ان من شرط صحة العقد اشتراط الخلف وعند غيره تلزم الجلة بغير
شرط ومن شرط اجارة التمة أن يجهل النقد عند مالك ليخرج من الدين بالدين كما أن من شرط اجارة
الارض غير المأمونة السقي عنده أن لا يشترط فيها التقيد بالبعد الزمى واختلفوا في الكراء هل يدخل
في أنواعه الخيار أم لا فقال مالك يجوز الخيار في الصنفين من الكراء المضمون والعين وقال الشافعي
لا يجوز فهذه هي المشهورات من المسائل الواقعة في هذا القسم الاول من هذا الكتاب وهو الذي يشق
على النظر في عماله هذا العقد وأوصافه وأنواعه وهي الاشياء التي تجرى من هذا العقد مجرى الاركان
وبها يوصف العقد اذا كان على الشروط الشرعية بالصحة وبالفساد اذا لم يكن على ذلك وبقي النظر
في الجزء الثاني وهو أحكام هذا العقد

الجزء الثاني من هذا الكتاب وهو النظر في أحكام الاجارات

وأحكام الاجارات كثيرة ولكنها بالجملة تنحصر في جلتين الجملة الاولى في موجبات هذا العقد ولوازمه
ومن غير حدوث طارئ عليه الجملة الثانية في أحكام الطوارئ وهذه الجملة تنقسم في الاشهر الى معرفة
موجبات الضمان وعنده ومعرفة وجوب الفسخ وعنده ومعرفة حكم الاختلاف (الجملة الاولى)
ومن مشهورات هذا الباب متى يلزم المكري دفع الكراء اذا أطلق العقد ولم يشترط قبض الثمن فعند
مالك وأبي حنيفة ان الثمن انما يلزم جزأ جزأ بحسب ما يقبض من المنافع الا أن يشترط ذلك أو يكون
هناك ما يوجب التقديم مثل أن يكون عوضا معيناً أو يكون كراء في التمة وقال الشافعي يجب عليه الثمن
بنفس العقد فمالك رأى أن الثمن انما يستحق منه بقدر ما يقبض من العوض والشافعي كأنه رأى أن
تأخره من باب الدين بالدين ومن ذلك اختلافهم فيمن اكرت دابة أو داراً وما شبه ذلك هل له أن يكرى
ذلك بأكثر مما اكرت فأجازه مالك والشافعي وجاعة قياسا على البيع ومنع ذلك أبو حنيفة وأصحابه
وعندهم أنه من باب بيع صام يضمن لأن ضمان الاصل هو من ربه أعنى من المكري وإضافته من باب بيع
مالم يقبض وأجاز ذلك بعض العلماء اذا أحدث فيها عملاً ومن لم يكره ذلك اذا وقع بهذه الصفة سفیان
الثوري والجمهور رأوا أن الاجارة في هذا شبيهة بالبيع ومنها أن يكرى الدار من الذي أكرها منه
فقال مالك يجوز وقال أبو حنيفة لا يجوز وكأنه رأى أنه اذا كان التفاضل بينهما في الكراء فهو من باب
أكل المال بالباطل ومنها اذا اكرت أرضاً ليزرعها حنطة فأراد أن يزرعها شعيراً أو ما ضره مثل ضرر
الحنطة أو دونه فقال مالك له ذلك وقال داود ليس ذلك له ومنها اختلافهم في كنس مراحيض الدور

المكترة فالمشهور عن ابن القاسم انه على أرباب الضرر وروى عنه أنه على المكترى وبه قال الشافعي واستثنى ابن القاسم من هذه الفنادق التي تدخلها قوم وتخرج قوم فقال الكنف في هذه على رب الدار ومنها اختلاف أصحاب مالك في الانهدام اليسير من الدار هل يلزم رب الدار اصلاحه أم ليس يلزم وينحط عنه من الكراء ذلك القدر فقال ابن القاسم لا يلزمه وقال غيره من أصحابه يلزمه وفروع هذا الباب كثيرة وليس قصدا التفريع في هذا الكتاب (الجملة الثانية وهي النظر في الأحكام الطوارئ) * الفصل الأول منه وهو النظر في الفسوخ * فنقول ان الفقهاء اختلفوا في عقد الاجارة فذهب الجمهور الى أنه عقد لازم وحكى عن قوم انه عقد جائز تشبيها بالجعل والشركة والذين قالوا انه عقد لازم اختلفوا فيما ينفسخ به فذهب جماعة فقهاء الامصار مالك والشافعي وسفيان الثوري وأبو ثور وغيرهم الى أنه لا ينفسخ الا بما تنفسخ به العقود اللازمة من وجود العيب بها أو ذهاب محل استيفاء المنفعة وقال أبو حنيفة وأصحابه يجوز فسخ عقد الاجارة للعذر الطارئ على المستأجر مثل أن يكرى مكانا يتجر فيه فيحترق متاعه أو يسرق وعمدة الجمهور قوله تعالى (أوفوا بالعقود) لان الكراء عقد على منافع فاشبهه النكاح ولانه عقد على معاوضة فلم ينفسخ أصله البيع وعمدة أبي حنيفة انه شبه ذهاب ماله استوفى المنفعة بذهاب العين التي فيها المنفعة وقد اختلف قول مالك اذا كان الكراء في غير مخصوص على استيفاء منفعة من جنس مخصوص فقال عبد الوهاب الظاهر من منهب أصحابنا أن محل استيفاء المنافع لا يتعين في الاجارة وأنه وان عين ذلك كالوصف لا ينفسخ ببيعها أو ذهابه بخلاف العين المستأجرة اذا تلفت قال وذلك مثل أن يستأجر على رعاية غنم بأعيانها أو خياطة قميص بعينه فتهلك الغنم ويحترق الثوب فلا ينفسخ العقد وعلى المستأجر أن يأخذ بغيره مثلهما أو يقيص مثلهما ليخطه قال وقد قيل انها تتعين بالتعيين فينفسخ العقد بتلف المحل وقال بعض المتأخرين ان ذلك ليس اختلافا في المذهب وانما ذلك على قسمين أحدهما أن يكون المحل العين لاستيفاء المنافع مما تقصده عينه أو مما لا تقصده عينه فان كان مما تقصده عينه انفسخت الاجارة كالظفر اذا مات الطفل وان كان مما لا يقصده عينه لم تنفسخ كالاجارة على رعاية الغنم بأعيانها أو بيع طعام في حانوت وما أشبه ذلك واشترط ابن القاسم في المدونة أنه اذا استأجر على غنم بأعيانها فإنه لا يجوز الآن يشترط الخلف هو التفات منه الى أنها تنفسخ بذهاب محل استيفاء المعين لكن لما رأى التلف ساقا الى الفسخ رأى انه من باب الغرر فلم يحز الكراء عليها الا باشتراط الخلف ومن نحو هذا اختلافهم في هل ينفسخ الكراء بموت أحد المتعاقدين أم لا المكري والمكتري فقال مالك والشافعي وأحمد واسحق وأبو ثور لا ينفسخ ويورث عقد الكراء وقال أبو حنيفة والثوري والليث ينفسخ وعمدة من لم يقل بالفسخ انه عقد معاوضة فلم ينفسخ بموت أحد المتعاقدين أصله البيع وعمدة الحنفية ان الموت نقلة لاصل الرقبة المكترة من ملك الى ملك فوجب أن يبطل أصله البيع في العين المستأجرة مدة طويلة أعني انه لا يجوز فلما كان لا يجمع العقدان معا غلبه هنا انتقال الملك والابقي لذلك ليس له وارث وذلك خلاف الاجماع وربما شبهوا الاجارة بالنكاح اذا كان كلاهما استيفاء منافع والنكاح يبطل بالموت وهو بعيد وربما احتجوا على المالكية فقط بان الأجرة عندهم تستحق جزأ جزأ بقدر ما يقبض من المنفعة قالوا واذا كان هذا هكذا فان مات المالك وبقيت الاجارة فان المستأجر يستوفى

في ملك الوارث حقاً بموجب عقد في غير ملك العاقد وذلك لا يصح وان مات المستأجر فتكون الأجرة مستحقة عليه بعدموته والميت لا يثبت عليه دين باجاء بعدموته وأما الشافعية فلا يلزمهم هذا لان استيفاء الأجرة يجب عندهم بنفس العقد على ما سلف من ذلك وعندما ملك ان أرض المظراً اذا أكرمت قطع القطع من زراعتها وزرعها فلم يثبت الزرع لمكان القطع ان الكراء ينفسخ وكذلك اذا استعذرت بالمطر حتى انقضى زمن الزراعة فلم يتمكن المكثرى من أن يزرعها وسائر الجوائح التي تصيب الزرع لا يحط عنه من الكراء شيء وعنده أن الكراء الذي يتعلق بوقت ما انه ان كان ذلك الوقت مقصوداً مثل كراء الرواحل في أيام الحج فغاب المكثرى عن ذلك الوقت انه ينفسخ الكراء وأما ان لم يكن الوقت مقصوداً فإنه لا ينفسخ هذا كله عنده في الكراء الذي يكون في الأعيان فأما الكراء الذي يكون في الزمة فإنه لا ينفسخ عنده بذهاب العين التي قبض المستأجر ليستوفي منها المنفعة اذ كان لم ينقصد الكراء على عين بعينها وإنما انعقد على موصوف في الزمة وفروع هذا الباب كثيرة وأصوله هي هذه التي ذكرناها

في الفصل الثاني وهو النظر في الضمان

والضمان عند الفقهاء على وجهين بالتعدي أو لمكان المصلحة وحفظ الأموال فأما بالتعدي فيجب على المكري باتفاق واخلاف انما هو في نوع التعدي الذي يوجب ذلك أو لا يوجبه وفي قدره فمن ذلك اختلاف العلماء في القضاء فحين اكرت دابة الى موضع ما فتعدي بها الى موضع زائد على الموضع الذي انعقد عليه الكراء فقال الشافعي وأجد عليه الكراء الذي التزمه الى المسافة المشتركة ومثل كراء المسافة التي تعدي فيها وقال مالك رب الدابة باختيار في أن يأخذ كراء دابته في المسافة التي تعدي فيها أو يضمن له قيمة الدابة وقال أبو حنيفة لا كراء عليه في المسافة المتعددة ولا خلاف انها اذا تلفت في المسافة المتعددة انه ضامن لها فعمدة الشافعي انه تعدي على المنفعة فزيمه أجرة المثل أصله التعدي على سائر المنافع وأما مالك فمكانه لما حبس الدابة عن أسواقها رأى أنه قد تعدي عليها فيها نفسها فحبسه بالغاصب وفيه ضعف وأما من ذهب أبي حنيفة فبعيد جداً عما تقتضيه الأصول الشرعية والأقرب الى الأصول في هذه المسئلة هو قول الشافعي وعندما ملك ان عشار الدابة لو كانت عشور تعد من صاحب الدابة يضمن بها الجمل وكذلك ان كانت الحبال لربته ومسائل هذا الباب كثيرة وأما الذين اختلفوا في ضمانهم من غير تعد الامن جهة المصلحة فهم الصانع ولا خلاف عندهم أن الأجبر ليس بضامن لما هلك عنده مما استؤجر عليه الا ان يتعدي ما عدا حامل الطعام والطحان فان مالكا ضمنه ما هلك عنده الا أن تقوم له بينة على هلاكه من غير سببه وأما قاضين الصانع ما ادعوا هلاكه من المصنوعات المدفوعة اليهم فانهم اختلفوا في ذلك فقال مالك وابن أبي ليلى وأبو يوسف يضمنون ما هلك عندهم وقال أبو حنيفة لا يضمن من عمل بغير أجر ولا الخاص ويضمن المشترك ومن عمل بأجر وللشافعي قولان في المشترك والخاص عندهم هو الذي يعمل في منزل المستأجر وقيل هو الذي لم يتصب للناس وهو من ذهب مالك في الخاص وهو عنده غير ضامن وتحصيل منه مالكا على هذا أن الصانع المشترك يضمن وسواء عمل بأجر أو بغير أجر وبضمنين الصانع قال علي وعمر وان كان قد اختلف عن علي في ذلك وعمدة من لم ير الضمان عليهم انه شبه الصانع بالمودع عنده والشريك والوكيل وأجير الغنم ومن ضمنه فلا دليل له الا النظر الى المصلحة وسد الثريعة وأما من فرق

بين أن يعملوا بأجر أو لا يعملوا بأجر فلان العامل بغير أجر إنما قبض الممول لمنفعة صاحبه فقط فأشبه المودع وادّٰقبضها بأجر فالمنفعة لكليهما فغلبت منفعة القابض أصله القرض والعارية عند الشافعي وكذلك أيضا من لم ينصب نفسه لم يكن في تضمينه سذرية والاجر عند مالك كما قلنا لا يضمن إلا أنه استحسّن تضمين حامل القوت وما يجرى مجراه وكذلك الطحان وماعدا غيرهم فلا يضمن إلا بالتعدي وصاحب الحمام لا يضمن عنده هذا هو المشهور عنه وقد قيل يضمن وشذاً شبه فضمن الصانع ما قامت البيئة على هلاكه عندهم من غير تعدّ منهم ولا تفریط وهو شذوذ ولا خلاف أن الصانع لا يضمنون ما لم يقبضوا في منازلهم واختلاف أصحاب مالك إذا قامت البيئة على هلاك المصنوع وسقط الضمان عنهم هل تجب لهم الاجرة أم لا إذا كان هلاكه بعد تمام الصنعة أو بعد تمام بعضها فقال ابن القاسم لا أجرة لهم وقال ابن الموزان لهم الاجرة ووجه ما قال ابن الموزان المصيبة إذا نزلت بالمستأجر فوجب أن لا يمضي عمل الصانع باطلا ووجه ما قال ابن القاسم أن الاجرة إنما استوجبت في مقابلة العمل فأشبهه ذلك إذا هلك بتفريط من الاجير وقول ابن الموزان أقيس وقول ابن القاسم أكثر نظرا إلى المصلحة لانه رأى أن يشتروا في المصيبة ومن هذا الباب اختلافهم في ضمان صاحب السفينة فقال مالك لا ضمان عليه وقال أبو حنيفة عليه الضمان الا من المولج وأصل مذهب مالك أن الصانع يضمنون كل ما أتى على أيديهم من حرق أو كسر في المصنوع أو قطع إذا عمل في حانوته وإن كان صاحبه قاعدا معه الا فيما كان فيه تفرير من الاعمال مثل ثقب الجوهر ونقش القصوص وتقويم السيوف واحتراق الخبز عند الفرن والطبيب يموت الليل من معالجته وكذلك البيطار الآن يعلم انه تعدي فيضمن حيثئذ وأما الطيب وما أشبهه إذا أخطأ في فعله وكان من أهل المعرفة فلا شيء عليه في النفس والدية على العاقلة فيما فوق الثلث وفي بابه فيادون الثلث وإن لم يكن من أهل المعرفة فعليه الضرب والسجن والدية قيل في ماله وقيل على العاقلة

﴿ الفصل الثالث ﴾

وهو النظر في الاختلاف وفي هذا الباب أيضا مسائل فمنها انهم اختلفوا إذا اختلف الصانع ورب المصنوع في صفة الصنعة فقال أبو حنيفة القول قول رب المصنوع وقال مالك وابن أبي ليلى القول قول الصانع وسبب الخلاف من المدعى منهما على صاحبه ومن المدعى عليه ومنها إذا ادعى الصانع رد ما استمنعوا فيه وأنكر ذلك الدافع فالقول عند مالك قول الدافع وعلى الصانع البيئة لأنهم كانوا ضامين لما في أيديهم وقال ابن الماجشون القول قول الصانع إن كان مادفع اليهم دفع بغيرينة وإن كان دفع اليهم بيينة فلا يبرؤن الا بيينة وإذا اختلف الصانع ورب المتاع في دفع الاجرة فالشهور في المذهب أن القول قول الصانع مع يمينه إن قام بمحدثان ذلك وإن تطاول فالقول قول رب المصنوع وكذلك إذا اختلف المكري والمكترى وقيل بل القول قول الصانع وقول المكري وإن طال وهو الأصل وإذا اختلف المكري والمكترى أو الاجير والمستأجر في مدة الزمان الذي وقع فيه استيفاء المنفعة إذا اتفقا على أن المنفعة لم تستوف في جميع الزمان المضروب في ذلك فالشهور في المذهب أن القول قول المكترى والمستأجر لأنه الغارم والأصول على أن القول قول الغارم وقال ابن الماجشون القول قول المكترى له والمستأجر إذا كانت العين المستوفاة منها المتناع في قبضهما مثل الدار وما أشبه ذلك وأما ما لم يكن في قبضه مثل

الأجبر فالقول قول الأجبر ومن مسائل المنهج المشهورة في هذا الباب اختلاف المتكاريين في الدواب وفي الرواحل وذلك أن اختلافهما لا يتخلو أن يكون في قدر المسافة أو نوعها أو قطر الكراء أو نوعه فان كان اختلافهما في نوع المسافة أو في نوع الكراء فالتحالف والتفاسخ كاختلاف المتبايعين في نوع الثمن قال ابن القاسم انعقاداً ولم ينقعد وقال غيره القول قول رب الدابة اذا انعقد وكان يشبه ما قال وإن كان اختلافهما في قدر المسافة فان كان قبل الركوب أو بعد ركوب يسير فالتحالف والتفاسخ وإن كان بعد ركوب كثير أو بلغ المسافة التي يدعيها رب الدابة فالقول قول رب الدابة في المسافة إن انتقد وكان يشبه ما قال وإن لم ينتقد وأشبه قوله بتحالفه ونفسخ الكراء على أعظم المسافتين فاجعل منه للمسافة التي ادعاها رب الدابة أعطيه وكذلك إن انتقد ولم يشبه قوله وإن اختلفا في الثمن واتفقا على المسافة فالقول قول المكتري تقدماً ولم ينقد لانه مدعى عليه وإن اختلفا في الأمرين جميعاً في المسافة والثمن مثل أن يقول رب الدابة بقرطبة أكثرت منك إلى قرمونة بدنانيرين ويقول المكتري بل بدنانر إلى اشبيلية فان كان أيضاً قبل الركوب أو بعد ركوب لا ضرر عليهما في الرجوع تحالفاً وتفاسخاً وإن كان بعد سير كثيراً وبلغ المسافة التي يدعيها رب الدابة فان كان لم ينقد المكتري شيئاً كان القول قول رب الدابة في المسافة والقول قول المكتري في الثمن ويفر من الثمن ما يجبله من قرطبة إلى قرمونة على أنه لو كان الكراء به إلى اشبيلية وذلك انه أشبه قول المكتري وإن لم يشبه ما قال وأشبه ما قال رب الدابة غزم بدنانيرين وإن كان المكتري تقدماً الثمن الذي يدعى انه للمسافة الكبرى وأشبه قول رب الدابة كان القول قول رب الدابة في المسافة ويبقى لذلك الثمن الذي قبضه لا يرجع عليه بشئ منه اذ هو مدعى عليه في بعضه وهو يقول بل هولى وزيادة فيقبل قوله فيه لانه قبضه ولا يقبل قوله في الزيادة ويسقط عنه ما لم يقرب به من المسافة أشبه ما قال ولم يشبه الا أنه اذا لم يشبه قسم الكراء الذي أقر به المكتري على المسافة كلها فيأخذ رب الدابة من ذلك ما ناب للمسافة التي ادعاها وهذا القدر كاف في هذا الباب

بسم الله الرحمن الرحيم وصل الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً

كتاب الجعل

والجعل هو الاجارة على منفعة مظنون حصولها مثل مشاركة الطبيب على البرء والمعلم على الحذاق والناشد على وجود العبد الأبق وقد اختلف العلماء في جوازه فقال مالك يجوز ذلك في اليسير بشرطين أحدهما أن لا يضرب لذلك أجلاً والثاني أن يكون الثمن معلوماً وقال أبو حنيفة لا يجوز وللشافعي القولان وعمدة من أجازه قوله تعالى (ولن جاء به حل بغير وأنا به زعيم) واجماع الجمهور على جوازه في الاباق والسؤال وما جاء في الاثر من أخذ الثمن على الرقية بام القرآن وقد تقدم ذلك وعمدة من منعه الغرر الذي فيه قياساً على سائر الاجارات ولا خلاف في مذهب مالك أن الجعل لا يستحق شئ منه الاجتمام العمل وأنه ليس بعقد لازم واختلف مالك وأصحابه من هذا الباب في كراء السفينة هل هو جعل أو اجارة فقال مالك ليس لصاحبها كراء الا بعد البالوغ وهو قول ابن القاسم ذهباً إلى أن حكمها حكم الجعل وقال ابن نافع من أصحابه له قدر ما بلغ من المسافة فأجرى حكمه مجرى الكراء وقال اصبيح إن لجج فهو جعل وإن لم يلجج فهو اجارة له بحسب الموضع الذي وصل اليه والنظر في هذا الباب في جوازه وحله

وشروطه وأحكامه ومحلّه هو ما كان من الأفعال لا يتنفع الجاعل بجزء منه لانه اذا اتفق الجاعل بجزء مما عمل الملتزم للجعل^(٧) ولم يأت بالمنفعة التي انعقد الجعل عليها وقتنا على حكم الجعل أنه اذا لم يأت بالمنفعة التي انعقد الجعل عليها لم يكن له شيء فقد اتفق الجاعل بعمل المجمعول من غير أن يعوضه من عمله بأجر وذلك ظلم ولذلك يختلف الفقهاء في كثير من المسائل هل هو جعل أو اجارة مثل مسئلة السفينة المتقدمة هل هي مما يجوز فيها الجعل أو لا يجوز مثل اختلافهم في المجاعة على حفر الآبار وقالوا في المغارة انها تشبه الجعل من جهة والبيع من جهة وهي عندما لك أن يعطى الرجل أرضه لرجل على أن يغرس فيه عددا من الثمار معاوما فاذا استحق الثمر كان للغارس جزء من الارض متفق عليه

بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليما

كتاب القراض

ولا خلاف بين المسلمين في جواز القراض وأنه مما كان في الجاهلية فافره الاسلام وأجوعوا على أن صفة أن يعطى الرجل الرجل المال على أن يتجر به على جزء معلوم يأخذه العامل من ربح المال أى جزء كان مما يتفقان عليه ثلثا أو ربعا أو نصفا وأن هذا مستثنى من الاجارة المجهولة وأن الرخصة في ذلك انما هي لموضع الرق بالناس وأنه لا ضمان على العامل فيما تلف من رأس المال اذ لم يتعد وان كان اختلفوا فيها هو تعد مما ليس بتعد وكذلك أجعوا بالجلة على أنه لا يقترن به شرط يزيد في مجهلة الربح أو في الغر الذي فيه وان كان اختلفوا فيما يقتضى ذلك من الشروط مما لا يقتضى وكذلك انفقوا على أنه يجوز بالدنانير والدرهم واختلفوا في غير ذلك وبالجملة فالنظر فيه في صفة وفي محله وفي شروطه وفي أحكامه وبمقن نذكر في باب باب من هذه الثلاثة الابواب مشهورات مسائلهم

الباب الأول في محله

أما صفة فقد تقدمت وأنهم أجعوا عليها وأما محله فانهم أجعوا على انه جائز بالدنانير والدرهم واختلفوا في العروض لجمهور فقهاء الأمصار على أنه لا يجوز القراض بالعروض وجوز ابن أبي ليلى وحنيفة الجمهور أن رأس المال اذا كان عروضا كان ضررا لأنه يقبض العرض وهو يساوى قيمة ما يردده وهو يساوى قيمة غيرها فيكون رأس المال والربح مجهولا وأما ان كان رأس المال مابه يباع العروض فان مالكا منعه والشافعي أيضا وأجاز أبو حنيفة وعمدة مالكا انه قارضه على ما يبيع به السلعة وعلى بيع السلعة نفسها فكأنه قراض ومنفعة مع أن ما يبيع به السلعة مجهول فكأنه انما قارضه على رأس مال مجهول ويشبه أن يكون أيضا انما منع المقارضة على قيم العروض لمكان ما يتكلف المقارض في ذلك من البيع وحيث أنه ينقض رأس مال القراض وكذلك ان أعطاه العرض بالثمن الذي اشتراه به ولكنه أقرب الوجوه الى الجواز ولعل هذا هو الذي جوز ابن أبي ليلى بل هو الظاهر من قولهم فانهم جكوا عنه أي يجوز أن يعطى الرجل ثوبا يبيعه فما كان فيه من ربح فهو بينهما وهذا انما هو على أن يجعل أصل المال الثمن الذي اشترى به الثوب ويشبه أيضا ان جعل رأس المال الثمن أن يتهم المقارض في تصدقه رب المال بحرصه على أخذ القراض منه واختلف قول مالك في القراض بالنقد من الذهب والفضة فروى عنه أشهب منع ذلك

(٧) هكذا بالنسخ ولعله للعمل لان الملتزم للجعل هو المنتفع أو يجعل اللام للعلّة تأمل اهـ مصدحه

وروى ابن القاسم جوازه ومنعه في المصوغ وبالمنع في ذلك قال الشافعي والكوفي فمن منع القراض بالنقد شبهها بالعروض ومن أجازها شبهها بالبراهم والدنانير لقلة اختلاف أسواقها واختلاف أصحاب مالك في القراض بالفلوس فنهى ابن القاسم وأجازها أشهب وبه قال محمد بن الحسن وجهور العلماء مالك والشافعي وأبو حنيفة على أنه إذا كان لرجل على رجل دين لم يحز أن يعطيه له قراضا قبل أن يقبضه أما العلة عند مالك فخشافة أن يكون أعسر بماله فهو يريد أن يؤخره عنه على أن يزفديه فيكون الربا المنهي عنه وأما العلة عند الشافعي وأبي حنيفة فإن ما في الذمة لا يتحول ويعود أمانة واختلفوا فحين أمر رجلا أن يقبض دينه على رجل آخر ويعمل فيه على جهة القراض فلم يحز ذلك مالك وأصحابه لأنه رأى أنه ازداد على العامل كلفة وهو ما يكفه من قبضه وهذا على أصله أن من اشترط منفعة زائدة في القراض انه فاسد وأجاز ذلك الشافعي والكوفي قالوا لانه وكفه على القبض لأنه جعل القبض شرطا في المصارفة فهذا هو القول في عمله وأما صفته فهي الصفة التي قدمناها

باب الثاني في مسائل الشروط

وجملة ما لا يجوز من الشروط عند الجميع هي ما أدى عندهم إلى غرر أو إلى مجهولة زائدة ولا خلاف بين العلماء انه إذا اشترط أحدهما لنفسه من الربح شيئا زائدا غير ما انعقد عليه القراض أن ذلك لا يجوز لانه يصير ذلك الذي انعقد عليه القراض مجبولا وهذا هو الأصل عند مالك في أن لا يكون مع القراض بيع ولا كراء ولا سلف ولا عمل ولا مرفق يشترطه أحدهما صاحبه مع نفسه فهذه جملة ما اتفقوا عليه وإن كانوا قد اختلفوا في التفصيل فمن ذلك اختلافهم إذا اشترط العامل الربح كله فقال مالك يجوز وقال الشافعي لا يجوز وقال أبو حنيفة هو قرض لا قراض فمالك رأى أنه أحسن من رب المال وتطوع إذا كان يجوز له أن يأخذ منه الجزء القليل من المال الكثير والشافعي رأى أنه غرر لانه ان كان خسران فعلى رب المال وبهذا يفارق القرض وإن كان ربح فليس لرب المال فيه شيء ومنها إذا اشترط رب المال الضمان على العامل فقال مالك لا يجوز القراض وهو فاسد وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة وأصحابه القراض جائز والشرط باطل وعمدة مالك أن اشتراط الضمان زيادة غرر في القراض ففسد وأما أبو حنيفة فشبهه بالشرط الفاسد في البيع على رأيه أن البيع جائز والشرط باطل اعتمادا على حديث بريرة المتقدم واختلفوا في المقارض يشترط رب المال عليه خصوص التصرف مثل أن يشترط عليه تعيين جنس مامن السلع أو تعيين جنس مامن البيع أو تعيين موضع مالتجارة أو تعيين صنف مامن الناس يتجر معهم فقال مالك والشافعي في اشتراط جنس من السلع لا يجوز ذلك إلا أن يكون ذلك الجنس من السلع لا يختلف وقتا مامن أو وقت السنة وقال أبو حنيفة يلزمه ما اشترط عليه وإن تصرف في غير ما اشترط عليه ضمن فمالك والشافعي رأيا أن هذا الاشتراط من باب التضييق على المقارض فيعظم الغرر بذلك وأبو حنيفة استخف الغرر الموجود في ذلك كالأول واشترط عليه أن لا يشتري جنسا مامن السلع لكان على شرطه في ذلك باجاء ولا يجوز القراض المؤجل عند الجمهور وأجازة أبو حنيفة إلا أن يتفاسخا فمن لم يحزه رأى أن في ذلك تضييقا على العامل بدخل عليه من بدغره لانه ربما بارت عنده سلع فيضطر عند بلوغ الأجل إلى بيعها فيلحقه في ذلك ضرر ومن أجاز الأجل شبه القراض بالاجارة * ومن هذا الباب

اختلافهم في جواز اشتراط رب المال زكاة الربح على العامل في حصته من الربح فقال مالك في الموطأ لا يجوز ورواه عنه أشهب وقال ابن القاسم ذلك جائز ورواه عن مالك وبقول مالك قال الشافعي وحجة من لم يجزه انه تعود حصته العامل ورب المال مجهولة لانه لا يدري كم يكون المال في حين وجوب الزكاة فيه وتشبيهاً بشتراط زكاة أصل المال عليه أعنى على العامل فانه لا يجوز باتفاق وحجة ابن القاسم انه يرجع الى جزء معلوم النسبة وان لم يكن معلوم القدر لان الزكاة معلومة النسبة من المال المزكى فكانه اشترط عليه في الربح الثلث الاربع العشر أو النصف الاربع العشر أو الربع الاربع العشر وذلك جائز وليس مثل اشتراطه زكاة رأس المال لان ذلك معلوم القدر غير معلوم النسبة فكان يمكن أن يحيط بالربح فيبقى عمل المقارض باطلا وهل يجوز ان يشترط ذلك المقارض على رب المال في المذهب فيه قولان قيل بالفرق بين العامل ورب المال فقيل يجوز ان يشترطه العامل على رب المال ولا يجوز ان يشترطه رب المال على العامل وقيل عكس هذا واختلفوا في اشتراط العامل على رب المال غلاما بعينه على أن يكون للغلام نصيب من المال فأجازه مالك والشافعي وأبو حنيفة وقال أشهب من أصحباب مالك لا يجوز ذلك فمن أجاز ذلك شبهه بالرجل يقارض الرجلين ومن لم يجز ذلك رأى انها زيادة ازادها العامل على رب المال فأما ان اشترط العامل غلامه فقال الثوري لا يجوز وللغلام فيما عمل أجره المثل وذلك أن حظ العامل يكون عنده مجهولا

❦ القول في أحكام القراض ❦

والاحكام منها ما هي أحكام القراض الصحيح ومنها ما هي أحكام القراض الفاسد وأحكام القراض الصحيح منها ما هي من موجبات العقد أعنى أنها تابعة لموجب العقد ومختلف فيها هل هي تابعة أو غير تابعة ومنها أحكام طوارئ نظر على العقد مما لم يكن موجبه من نفس العقد مثل التعدي والاختلاف وغير ذلك ونحن نذكر من هذه الاوصاف ما اشتهر عند فقهاء الامصار ونبدأ من ذلك بموجبات العقد فنقول انه أجمع العلماء على أن اللزوم ليس من موجبات عقد القراض وأن لكل واحد منهما فسخه ما لم يشترط العامل في القراض واختلفوا اذا شرع العامل فقال مالك هو لازم وهو عقد يورث فان مات وكان للمقارض بنون أمناه كانوا في القراض مثل أبيهم وان لم يكونوا أمناه كان لهم أن يأتوا بأمين وقال الشافعي وأبو حنيفة لكل واحد منهم الفسخ اذا شاء وليس هو عقد يورث فمالك أكرمه بعد الشروع في العمل لما فيه من ضرر ورآه من العقود الموروثة والفرقة الثانية شبهت الشروع في العمل بما بعد الشروع في العمل ولا خلاف بينهم أن المقارض انما يأخذ حظه من الربح بعد أن ينض جميع رأس المال وانه ان خسر ثم تجر ثم يربح جبر الخسران من الربح واختلفوا في الرجل يدفع الى رجل مالا قراضا فيهلك بعضه قبل أن يعمل فيه ثم يعمل فيه فيربح فيزيد المقارض أن يجعل رأس المال بقية المال بعد التي هلك هل له ذلك أم لا فقال مالك وجهه والعلماء ان صدقه رب المال أو دفع رجل مالا قراضا لرجل فهلك منه جزء قبل أن يعمل فأخبره بذلك فصدقه ثم قال له يكون الباقي عندك قراضا على الشرط المتقدم لم يجز حتى يفاصله ويقض منه رأس ماله وينقطع القراض الاول وقال ابن

حبيب من أصحاب مالك أنه يلزمه في ذلك القول ويكون الباقي قراضاً وهذه المسئلة هي من أحكام الطوارئ ولكن ذكرنا هنا لتعلقها بوقت وجوب القسمة وهي من أحكام العقد واختلفوا هل للعامل نفقة من المال المقترض عليه أم لا على ثلاثة أقوال فقال الشافعي في أشهر أقواله لا نفقة له أصلاً الآن يأذن له رب المال وقال قوم له نفقته وبه قال إبراهيم النخعي والحسن وهو أحد ما روى عن الشافعي وقال آخرون له النفقة في السفر من طعامه وكسوته وليس له شيء في الحضر وبه قال مالك وأبو حنيفة والثوري وجهور العلماء الآن مالكا قال إذا كانت المال يحمل ذلك وقال الثوري ينفق ذاهباً ولا ينفق راجعاً وقال الليث يتغدى في المصر ولا يتعشى وروى عن الشافعي أن له نفقته في المرض والشهور عنه مثل قول الجمهور أن لا نفقة له في المرض وحجة من لم يجزه أن ذلك زيادة منفعة في القراض فلم يجز أصله المنافع وحجة من أجازه أن عليه العمل في الصر الأول ومن أجازه في الحضر شبهه بالسفر وأجمع علماء الأمصار على أنه لا يجوز للعامل أن يأخذ نصيبه من الربح إلا بمحضرة رب المال وإن حضور رب المال شرط في قسمة المال وأخذ العامل حصته وإنه ليس يكفي في ذلك أن يقسمه بحضور بنته ولا غيرها ﴿القول في أحكام الطوارئ﴾

واختلفوا إذا أخذ المقترض حصته من غير حضور رب المال ثم ضاع المال أو بعضه فقال مالك إن أذن له رب المال في ذلك فالعامل مصقب فيما ادعاه من الضياع وقال الشافعي وأبو حنيفة والثوري مأخذ العامل يردّه ويجبره رأس المال ثم يقسمان فضلاً إن كان هناك واختلفوا إذا هلك مال القراض بعد أن اشتري العامل به سلعة وما قيل أن ينقده البائع فقال مالك البيع لازم للعامل ورب المال مخير إن شاء دفع قيمة السلعة مرة ثانية ثم تكون بينهما على ما شرطاً من المقارضة وإن شاء تبرأ عنها وقال أبو حنيفة بل يلزم ذلك الشراء رب المال شبه بالوكيل الآن أنه قال يكون رأس المال في ذلك القراض الثمين ولا يقسمان الربح إلا بعد حصوله عينا أعني ثمن تلك السلعة التي تلفت ولا والتمن الثاني الذي يلزمه بعد ذلك واختلفوا في بيع العامل من رب المال بعض سلع القراض فكره ذلك مالك وأجازه أبو حنيفة على الإطلاق وأجازه الشافعي بشرط أن يكون ناقداً تبيعاً بما لا يتغابن الناس بمثله ووجه ما كره من ذلك مالك أن يكون برخص له في السلعة من أجل مقارضه فكأن رب المال أخذ من العامل منفعة سوى الربح الذي اشترط عليه ولا أعراف خلافاً بين فقهاء الأمصار أنه إن تسكّر العامل على السلع التي بالبلد فاستغرق الكراء قيم السلع وفضل عليه فضلة أنها على العامل لا على رب المال لأن رب المال إنما دفع ماله إليه ليتجربه فما كان من خسران في المال فعليه وكذلك ما زاد على المال واستغرقه واختلفوا في العامل يستدين مالا فيتجربه مع مال القراض فقال مالك ذلك لا يجوز وقال الشافعي وأبو حنيفة ذلك جائز ويكون الربح بينهما على شرطهما وحجة مالك أنه كما لا يجوز أن يستدين على المقارضة كذلك لا يجوز أن يأخذ ينفقها واختلفوا هل للعامل أن يبيع بالدين إذا لم يأمر به رب المال فقال مالك ليس له ذلك فإن فعل ضمن وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة له ذلك والجميع متفقون على أن العامل إنما يجب له أن يتصرف في عقد القراض ما يتصرف فيه الناس غالباً في أكثر الأحوال فمن رأى أن التصرف بالدين خارج عما يتصرف فيه الناس في الأغلب لم يجزه ومن رأى أنه مما يتصرف فيه الناس أجازه واختلف

مالك والشافعي وأبو حنيفة والليث في العامل يخلط ماله بمال القراض من غير إذن رب المال فقال هؤلاء كلهم مانعاً مالاً كما هو تعدد ويضمن وقال مالك ليس يتعد ولم يختلف هؤلاء المشاهير من فقهاء الأمصار أنه إن دفع العامل رأس مال القراض إلى مقارض أخوانه ضامن أن كان خسران وإن كان ربح فذلك على شرطه يمكن أن يكون للذي عمل شرطه على الذي دفع إليه فيوفيه حظه مما بقي من المال وقال المزني عن الشافعي ليس له الأجرة مثله لأنه عمل على فساد

﴿ القول في حكم القراض الفاسد ﴾

واتفقوا على أن حكم القراض الفاسد فسخه ورد المال إلى صاحبه مالم يفت بالعمل واختلفوا إذا فاق بالعمل ما يكون للعامل فيه في واجب عمله على أقوال أحد هما أنه يرد جميعه إلى قراض مثله وهي رواية ابن الماجشون عن مالك وهو قوله وقول أشهب والثاني أنه يرد جميعه إلى الأجرة مثله وبه قال الشافعي وأبو حنيفة وعبد العزيز بن أبي سلمة من أصحاب مالك وحكي عبد الوهاب أنه رواية عن مالك والثالث أنه يرد إلى قراض مثله مالم يكن أكثر مما ساء وانما له الأقل مما ساء أو من قراض مثله إن كان رب المال هو مشروط الشرط على المقارض أو لا أكثر من قراض مثله أو من الجزء الذي سمي له إن كان المقارض هو مشروط الشرط الذي يقتضي الزيادة التي من قبلها ففسد القراض وهذا القول يتخرج رواية عن مالك والرابع أنه يرد إلى قراض مثله في كل منفعة اشتراطها أحد المتقارضين على صاحبه في المال مما ليس بنفرد أحدهما بهما عن صاحبه وإلى الأجرة مثله في كل منفعة اشتراطها أحد المتقارضين خالصة لشرطها محالست في المال وفي كل قراض فاسد من قبل الغرر والجهل وهو قول مطرف وابن نافع وابن عبد الحكم وأصمغ واختاره ابن حبيب وأما ابن القاسم فاختلف قوله في القراضات الفاسدة فبعضها وهو الأكثر قال إن فيها أجرة المثل وفي بعضها قال فيها قراض المثل فاختلف الناس في تأويل قوله ففهم من حل اختلاف قوله فيها على الفرق الذي ذهب إليه ابن عبد الحكم ومطرف وهو اختيار ابن حبيب واختيار جدي رحمة الله عليه ومنهم من لم يعلل قوله وقال إن مذهبه أن كل قراض فاسد ففيه أجرة المثل إلا تلك التي نص فيها قراض المثل وهي سبعة القراض بالعروض والقراض بالضمان والقراض إلى أجل والقراض بالمهمل وإذا قل له اعلم على أن لك في المال شركاً وإذا اختلف المتقارضان وأتيا بما لا يشبه خلفاً على دعواهما وإذا دفع إليه المال على أن لا يشتري به إلا بالدين فاشتري بالدين أو على أن لا يشتري السلعة كذا وكذا والسلعة غير موجودة فاشتري غير أمر به وهذه المسائل يجب أن ترد إلى علة واحدة والأفوه اختلاف من قول ابن القاسم وحكي عبد الوهاب عن ابن القاسم أنه فصل فقال إن كان الفساد من جهة العقد رد إلى قراض المثل وإن كان من جهة زيادة أزدادها أحدهما على الآخر رد إلى أجرة المثل والأشبه إن يكون الأمر في هذا بالعكس والفرق بين الأجرة وقراض المثل إن الأجرة تتعلق بذمة رب المال سواء كان في المال ربح أو لم يكن وقراض المثل هو على سنة القراض إن كان فيه ربح كان للعامل منه والأفلاشي له

﴿ القول في اختلاف المتقارضين ﴾

واختلف الفقهاء إذا اختلف العامل ورب المال في تسمية الجزء الذي تقارضا عليه فقال مالك القول

قول العامل لانه عنده مؤتمن وكذلك الامر عنده في جميع دعاويه اذا أتى بما يشبه وقال الليث يحمل على قراض مثله وبه قال مالك اذا أتى بما لا يشبه وقال أبو حنيفة وأصحابه القول قول رب المال وبه قال الثوري وقال الشافعي يتحالفان ويتفاسخان ويكون له أجره مثله وسبب اختلاف مالك وأبي حنيفة اختلافهم في سبب ورود النص بوجوب الجمين على المدعى عليه هل ذلك لانه مدعى عليه أو لانه في الاغلب أقوى شبهة فمن قال لانه مدعى عليه قال القول قول رب المال ومن قال لانه أقواهما شبهة في الاغلب قال القول قول العامل لانه عنده مؤتمن وأما الشافعي فقام اختلافهما على اختلاف المتبايعين في ثمن السلعة وهذا كاف في هذا الباب

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً ﴾

﴿ كتاب المساقاة ﴾ ﴿ القول في المساقاة ﴾

أما أولاً في جوازها والثاني في معرفة الفساد والصحة فيها والثالث في أحكامها

﴿ القول في جواز المساقاة ﴾

فأما جوازها فعليه جمهور العلماء مالك والشافعي والثوري وأبو يوسف ومحمد بن الحسن صاحب أبي حنيفة وأحمد وداود وهي عندهم مستثناة بالسنة من بيع ما لم يخلق ومن الإجارة المجهولة وقال أبو حنيفة لا تجوز المساقاة أصلاً وعمدة الجمهور في إجازتها حديث ابن عمر الثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دفع إلى يهود خيبر نخل خيبر وأرضها على أن يعملوها من أموالهم ورسول الله صلى الله عليه وسلم شطر ثمرها خرجة البخاري ومسلم وفي بعض رواياته أنه صلى الله عليه وسلم ساقاهم على نصف ما يخرج من الأرض والثمره ومارواه مالك أيضاً من مرسل سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لليهود خيبر يوم افتتح خيبر أقركم على ما أقركم الله على أن التمر بيننا وبينكم قال وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يبيع عبد الله بن رواحة فيخرس يثنه وبينهم ثم يقول ان شئتم فلكم وإن شئتم فلي وكذلك مرسله أيضاً عن سليمان بن يسار في معناه وأما أبو حنيفة ومن قال بقوله فعمدتهم مخالفة هذا الاثر للأصول مع انه حكم مع اليهود واليهود يحقل ان يكون أقرهم على انهم عبيد ويحقل ان يكون أقرهم على انهم ذمة الا اذا أنزلنا انهم ذمة كان مخالفاً للأصول لانه يبيع ما لم يخلق وأيضاً فإنه من المزاينة وهو يبيع التمر بالتمر متفاضلاً لان القسمة بالخرس يبيع بالخرس واستدلوا على مخالفته للأصول بما روى في حديث عبد الله بن رواحة انه كان يقول لهم عندا خرس ان شئتم فلكم وتضمنون نصيب المسلمين وإن شئتم فلي وأضمن نصيبكم وهذا حرام باجماع وربما قالوا ان النهي الوارد عن المخاربة هو ما كان من هذا الفعل بخير والجمهور يرون ان المخاربة هي كراء الأرض ببعض ما يخرج منها قالوا وما يدل على نسخ هذا الحديث وأنه خاص باليهود ما ورد من حديث رافع وغيره من النهي عن كراء الأرض بما يخرج منها لان المساقاة تقتضي جواز ذلك وهو خاص أيضاً في بعض روايات أحاديث المساقاة ولهذا المعنى لم يقل بهذه الزيادة مالك ولا الشافعي أعني بما جاء من أنه صلى الله عليه وسلم ساقاهم على نصف ما يخرج من الأرض والثمره وهي زيادة صحيحة وقال بها أهل الظاهر

﴿ القول في صحة المساقاة ﴾

والنظر في الصحة راجع الى النظر في أركانها وفي وقتها وفي شروطها المشترطة في أركانها وأركانها أربعة
الحل المخصوص بها والجزء الذي تنعقد عليه وصفة العمل الذي تنعقد عليه والمدة التي تجوز فيها وتنعقد
عليها (الركن الاول في محل المساقاة) واختلفوا في محل المساقاة فقال داود لا تكون المساقاة
الا في النخل فقط وقال الشافعي في النخل والكرم فقط وقال مالك تجوز في كل أصل ثابت كالرمان
والتين والزيتون ومما أشبه ذلك من غير ضرورة وتكون في الاصول غير الثابتة كالقثى والبطيخ
مع عجز صاحبها عنها وكذلك الزرع ولا تجوز في شيء من البقول عند الجميع الا ابن دينار فإنه أجازها فيه
اذ اثبت قبل ان تستغل فعمدة من قصره على النخل أنها رخصة فوجب أن لا يتعدى بها محلها الذي
جاءت فيه السنة وأما مالك فرأى أنها رخصة ينقذح فيها سبب عام فوجب تعدي ذلك الى الغير وقد
يفاس على الرخص عند قوم اذا فهم عنالك أسباب أعم من الأشياء التي علفت الرخص بالنص بها وقوم
منعوا القياس على الرخص وأما داود فهو يمنع القياس على الجملة فالمساقاة على أصوله مطردة وأما الشافعي
فإنما أجازها في الكرم من قبل ان الحكم في المساقاة هو بالحرص وقبحا في حديث عتاب بن أسيد
الحكم بالحرص في النخل والكرم وان كان ذلك في الزكاة فكانه قاس المساقاة في ذلك على الزكاة
والحديث الذي ورد عن عتاب بن أسيد هو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعثه وأمره ان يحرص
العنب وتؤدي زكاته زيبا كما تؤدي زكاة النخل ثمرا ودفع داود حديث عتاب بن أسيد لانه مرسل
ولانه انفرد به عبد الرحمن بن اسحق وليس بالقوى واختلفوا اذا كان مع النخل أرض بيضاء أو مع الثمار
هل تجوز ان تساق الأرض مع النخل بجزء من النخل أو بجزء من النخل وبجزء مما يخرج من الأرض
فذهب الى جواز ذلك طائفة وبه قال صاحب أبي حنيفة والليث وأحمد والثوري وابن أبي ليلى وبجاعة
وقال الشافعي وأهل الظاهر لا تجوز المساقاة الا في الثمر فقط وأما مالك فقال اذا كانت الأرض تبعا للثمر
وكان الثمر أكثر ذلك فلا بأس بدخولها في المساقاة اشترط جزأ خارجا منها أو لم يشترط وحد ذلك الجزء
بان يكون الثلث فداودنه أعنى ان يكون مقدار كراء الأرض الثلث من الثمر فداودنه ولم يجز ان يشترط
رب الأرض ان يزرع البياض لنفسه لانه زاد اذادها عليه وقال الشافعي ذلك جائز (٧) وحجة من أجاز
المساقاة عليهم جميعا أعنى على الأرض بجزء مما يخرج منها حديث ابن عمر المتقدم وحجة من لم يجز ذلك
ماروي من النهي عن كراء الأرض مما يخرج منها في حديث رافع بن خديج وقد تقدم ذلك وقال أحمد
ابن حنبل أحاديث رافع مضطربة الالفاظ وحديث ابن عمر أصح وأما تحديد مالك ذلك بالثلث فضعيف
وهو استحسان مبنى على غير الاصول لان الاصول تقتضى انه لا يفرق بين الجائز من غير الجائز بالتقليل
والكثير من الجنس الواحد ومنها اختلافهم في المساقاة في البقل فأجازها مالك والشافعي وأصحابه ومحمد
ابن الحسن وقال الليث لا تجوز المساقاة في البقل وإنما أجازها الجمهور لان العامل وان كان ليس عليه فيها
مقي فيبقى عليه أعمال أخر مثل الابار وغير ذلك وأما الليث فيرى ان السقي بالماء هو الفعل الذي تنعقد
عليه المساقاة وليكنه وردت الرخصة فيها (الركن الثاني) وأما الركن الذي هو العمل فان العلماء

(٧) هكذا بالنسخ ولعله متناقض في النقل عن الشافعي فإنه نقل عنه أولا انه لا يجوز الا في الثمرة وهنائه
يجوز المساقاة في الأرض معاف فعل له قولين تأمل اه مصححه

بالجملة أجمعوا على أن الذي يجب على العامل هو السقي والابار واختلفوا في الجنداذ على من هو وفي سد الحظار وتنقية العين والسانية أما مالك فقال في الموطأ السنة في المساقاة التي يجوز لرب الحائط ان يشترطه سد الحظار وختم العين وشرب الشراب وبار النخل وقطع الجريد وجد الثمر هذا وأشباهه هو على العامل وهذا الكلام يحتمل أن يفهم منه دخول هذه في المساقاة بالشرط ويمكن أن يفهم منه دخولها فيها بنفس العقد وقال الشافعي ليس عليه سد الحظار لانه ليس من جنس ما يؤثر في زيادة الثمرة مثل الابر والسقي وقال محمد بن الحسن ليس عليه تنقية السواني والانهار وأما الجنداذ فقال مالك والشافعي هو على العامل الآن مال كما قال ان اشترطه العامل على رب المال جاز وقال الشافعي لا يجوز شرطه وتنفسخ المساقاة ان وقع وقال محمد بن الحسن الجنداذ بينهما نصفين وقال المحصلون من أصحاب مالك ان العمل في الحائط على وجهين عمل ليس له تأثير في اصلاح الثمر وعمل له تأثير في اصلاحها والذي له تأثير في اصلاحها منه ما يتأبد ويبقى بعد الثمر ومنه ما لا يبقى بعد الثمر فأما الذي له ليس له تأثير في اصلاح الثمر فلا يدخل في المساقاة لانفس العقد ولا بالشرط الا للثمن اليسير منه وأما له تأثير في اصلاح الثمر ويبقى بعد الثمر فيدخل عنده بالشرط في المساقاة لانفس العقد مثل انشاء حفر بئر أو انشاء ظفيرة للماء أو انشاء غرس أو انشاء بيت يحتمل فيه الثمر وأما له تأثير في اصلاح الثمر ولا يتأبد فهو لازم بنفس العقد وذلك مثل الحفر والسقي وزبر الكرم وتقليم الشجر والتذكير والجنداذ وما أشبه ذلك وأجمعوا على ان ما كان في الحائط من الدواب والعبيد أنه ليس من حق العامل واختلفوا في شرط العامل ذلك على المساقى فقال مالك يجوز ذلك فيما كان منها في الحائط قبل المساقاة وأما ان اشترط فيها ما لم يكن في الحائط فلا يجوز وقال الشافعي لا بأس بذلك وان لم يكن في الحائط وبه قال ابن نافع من أصحاب مالك وقال محمد بن الحسن لا يجوز أن يشترطه العامل على رب المال ولو اشترطه رب المال على العامل جاز ذلك ووجه كراهيته ذلك ما يلحق في ذلك من الجهل بنصيب رب المال ومن أجاز به رأى أن ذلك نافعو يسير ولتردد الحكم بين هذين الاصلين استحسنت مالك ذلك في الرقيق الذي يكون في الحائط في وقت المساقاة ومنعه في غيرهم لان اشتراط المنفعة في ذلك أظهر وانما فرق محمد بن الحسن لان اشتراطه على العامل هو من جنس ماوجب عليه من المساقاة وهو العمل بيده واتفق القائلون بالمساقاة على انه ان كانت النفقة كلها على رب الحائط وليس على العامل الا ما يعمل بيده ان ذلك لا يجوز لانها جارة بما لم يخلق فهذه هي صفات هذا الركن والشروط الجائرة فيه من غير الجائرة (الركن الثالث) وأجمعوا على أن المساقاة تجوز بكل ما اتفقوا عليه من أجزاء الثمر فأجاز مالك أن تكون الثمرة كلها للعامل كما فعل في القراض وقد قيل ان ذلك منحة لاساقاة وقيل لا يجوز واتفقوا على أنه لا يجوز فيها اشتراط منفعة زائدة مثل أن يشترط أحد هاعلى صاحبه زيادة دراهم أو دينار ولا شيئاً من الاشياء الخارجة عن المساقاة الا للثمن اليسير عنده مالك مثل سد الحظار واصلاح الظفيرة وهي مجتمع الماء ولا يجوز عنده مالك ان يساقى على حائطين أحدهما على جزء والآخر على جزء آخر واحتج بفعله عليه السلام في خير وذلك انه ساقى على حوائط مختلفة بجزء واحد وفيه خلاف وأكثر العلماء على أن القسمة بين العامل والمساقى في الثمر لا تكون الا بالكيل وكذلك في الشركة وانها لا تجوز بالغرص وأجاز قوم قسمتها بالغرص واختلف في ذلك أصحاب مالك واختلفت الرواية عنه فقيل يجوز

وقيل لا يجوز من الثمار الربوية ويجوز في غير ذلك وقيل يجوز باطلاق اذا اختلفت حاجة الشرىكين
وحجة الجمهور أن ذلك يدخله الفساد من جهة الزائنة ويدخله بيع الرطب بالقر وبيع الطعام بالطعام نسبية
وحجة من أجاز قسمتها بالحرص تشبيها بالعربة وبالحرص في الزكاة وفيه ضعف وأقوى ما اعتمدوا
عليه في ذلك ملجأ من احرص في مساقاة خير من مرسل سعيد بن المسيب وعطاء بن يسار

(الركن الرابع) وأما اشتراط الوقت في المساقاة فهو صنفان وقت هو مشروط في جواز المساقاة ووقت
هو شرط في صحة العقد وهو المحدث لهما فأما الوقت المشروط في جواز عقدتها فانهم اتفقوا على أنها يجوز
قبل بدو الصلاح واختلقوا في جواز ذلك بعد بدو الصلاح فذهب الجمهور من القائلين بالمساقاة على أنه
لا يجوز بعد الصلاح وقال سحنون من أصحاب مالك لأبأس بذلك واختلف قول الشافى في ذلك فمرة
قال لا يجوز ومرة قال يجوز وقد قيل عنه انها لا تجوز اذا خلق الثمر وعمدة الجمهور أن مساقاة ما بدأ صلاحه
من الثمر ليس فيه عمل ولا ضرورة داعية الى المساقاة اذ كان يجوز بيعه في ذلك الوقت قالوا وانما هي
اجارة أن وقعت وحجة من أجازها أنه اذا جازت قبل أن يخلق الثمر فهي بعد بدو الصلاح أجوز ومن هنا
لم تجز عندهم مساقاة البقول لانه يجوز بيعها أعنى عند الجمهور وأما الوقت الذى هو شرط في مدة المساقاة
فان الجمهور على أنه لا يجوز أن يكون مجهولاً أعنى مدة غير مؤقته وأجاز طائفة أن يكون الى مدة غير مؤقته
منهم أهل الظاهر وعمدة الجمهور ما يدخل في ذلك من الفرع قياساً على الاجارة وعمدة أهل الظاهر
ما وقع في مرسل مالك من قوله صلى الله عليه وسلم أفركم ما أفركم الله وكره مالك المساقاة فيما طال من
السنين وانقضاء السنين فيها هو بالجدة لا بالاهلية وأما هل اللفظ شرط في هذا العقد فاختلفو فى ذلك
فذهب ابن القاسم الى أن من شرط صحته أن لا تنعقد الا بلفظ المساقاة وأنه ليس تنعقد بلفظ الاجارة وبه قال
الشافى وقال غيره من تنعقد بلفظ الاجارة وهو قياس قول سحنون

✽ القول في أحكام الصحة ✽

والمساقاة عند مالك من العقود اللازمة باللفظ لا بالعمل بخلاف القراض عند الذى يتعقد بالعمل لا باللفظ
وهو عند مالك عقد موروث ولورثة المساقاة أن يأثوا بأمين يعمل ان لم يكونوا أمناء وعليه العمل ان أئى
الورثة من تركته وقال الشافى اذالم يكن له تركة سلم الى الورثة رب المال أجرة ما عمل وفسد العقد
وان كانت له تركة لم يمتعه المساقاة وقال الشافى بنفسه المساقاة بالبحر ولم يفصل وقال مالك اذا عجز وقد حل
بيع الثمر لم يكن له أن يساقى غيره ووجب عليه أن يستأجر من يعمل وان لم يكن له شئ استأجر من حظه
من الثمر واذا كان العامل لصاً أو ظالم لم يفسخ العقد بذلك عند مالك وحكى عن الشافى أنه قال يلزمه
أن يقيم غيره للعمل وقال الشافى اذا هرب العامل قبل تمام العمل استأجر القاضى عليه من يعمل عمله
ويجوز عند مالك أن يشترط كل واحد منهما على صاحبه الزكاة بخلاف القراض ونصاها عنده نصاب
الرجل الواحد بخلاف قوله في الشركاء واذا اختلف رب المال والعامل في مقدار ما وقعت عليه المساقاة
من الثمر فقال مالك القول قول العامل مع يمينه اذا أتى بما يشبه وقال الشافى يتحالفان ويتفاسخان
وتكون للعامل الاجرة شبهه بالبيع وأوجب مالك اليمين في حق العامل لأنه مؤتمن ومن أصله أن اليمين
تجب على أقوى المتداعيين شبهة وفروع هذا الباب كثيرة لكن التى اشتهر الخلاف فيها بين الفقهاء

هي هذه التي ذكرناها ﴿ أحكام المساقاة الفاسدة ﴾

واتفقوا على أن المساقاة اذا وقعت على غير الوجه الذي جوزها الشرع أنها تنفسخ ما لم تنفد بالعمل واختلفوا اذا قامت بالعمل ماذا يجب فيها ف قيل انها ترد الى اجارة المثل في كل نوع من أنواع الفساد وهو قياس قول الشافعي وقياس احدى الروايتين عن مالك وقيل انها ترد الى مساقاة المثل باطلاق وهو قول ابن الماجشون وروايته عن مالك وأما ابن القاسم فقال في بعضها ترد الى مساقاة مثلها وفي بعضها الى اجارة المثل واختلف التأويل عنه في ذلك ف قيل في مذهبه انها ترد الى اجارة المثل الا في أربع مسائل فانها ترد الى مساقاة مثلها احداها المساقاة في حائط فيه تمر قد أطمع والثانية اذا اشترط المساقى على رب المال أن يعمل معه والثالثة المساقاة مع البيع في صفقة واحدة والرابعة اذا ساقاه في حائط سنة على الثلث وستة على النصف وقيل ان الاصل عنده في ذلك أن المساقاة اذا لحقها الفساد من قبل ما دخلها من الاجارة الفاسدة أو من بيع الثمر من قبل أن يبدو صلاحه وذلك بما يشترطه أحدهما على صاحبه من زيادة رد فيها الى أجرة المثل مثل أن يساقيه على أن يزدأ أحدهما صاحبه دنائير أو دراهم وذلك أن هذه الزيادة ان كانت من رب الحائط كانت اجارة فاسدة وان كانت من العامل كانت بيع الثمر قبل أن يخلق وأما فساده من قبل الفرر مثل المساقاة على حوائط مختلفة فيرد الى مساقاة المثل وهذا كله استحسان جار على غير قياس وفي المسئلة قول رابع وهو أنه يرد الى مساقاة مثله ما لم يكن أكثر من الجزء الذي شرط عليه ان كان الشرط للمساقى وأقل ان كان الشرط للمساقى وهذا كاف بحسب غرضنا

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما ﴾

﴿ كتاب الشركة ﴾

والنظر في الشركة في أنواعها وفي أركانها الموجبة للصحة في الاحكام ونحن نذكر من هذه الابواب ما اتفقوا عليه وما اشتهر الخلاف فيه بينهم على ما قصدناه في هذا الكتاب والشركة بالجملة عند فقهاء الامصار على أربعة أنواع شركة العنان وشركة الابدان وشركة المفاوضة وشركة الوجوه واحدة منها متفق عليها وهي شركة العنان وان كان بعضهم لم يعرف هذا اللفظ وان كانوا اختلفوا في بعض شروطها على ما سبأ في بعد الثلاثة مختلف فيها ويختلف في بعض شروطها عند من اتفق منهم عليها

﴿ القول في شركة العنان ﴾

وأركان هذه الشركة ثلاثة الأول محلها من الاموال والثاني في معرفة قدر الربح من قدر المال المشترك فيه والثالث في معرفة قدر العمل من الشريكين من قدر المال (الركن الأول) فأما محل الشركة فنه ما اتفقوا عليه ومنه ما اختلفوا فيه فاتفق المسلمون على أن الشركة تجوز في الصنف الواحد من العين أعنى الدنانير والدرهم وان كانت في الحقيقة يبعلا تقع فيه مناجزة ومن شرط البيع في الذهب وفي الدرهم المناجزة لكن الاجماع خصص هذا المعنى في الشركة وكذلك اتفقوا فيما أعلم على الشركة بالعرضين يكونان بصفة واحدة واختلفوا في الشركة بالعرضين المختلفين والعينون المختلفة مثل الشركة بالدنانير من أحدهما والدرهم من الآخر وبالطعام الربوى اذا كان صنفا واحدا فهنا ثلاث مسائل (المسئلة الاولى) فأما اذا اشترك في صنفين من العروض أو في عروض ودرهم أو دنائير فأجاز ذلك

ابن القاسم وهو مذهب مالك وقد قيل عنه انه كره ذلك وسبب الكراهية اجتماع الشركة فيها والبيع وذلك أن يكون العرضان مختلفين كان كل واحد منهما باع جزءاً من عرضه بجزء من العرض الآخر ومالك يعتبر في العروض اذا وقعت فيها الشركة القيم والشافعي يقول لانتعقد الشركة الاعلى أثمان العروض وحكي أبو حامد أن ظاهر مذهب الشافعي يشير الى أن الشركة مثل القراض لا يجوز الا بالدراهم والدنانير قال والقياس أن الاشاعة فيها تقوم مقام الخلط (المسئلة الثانية) وأما ان كان الصنفان مما لا يجوز فيهما النساء مثل الشركة بالدنانير من عند أحدهما والدرهم من عند الآخر أو بالطعامين المختلفين فاختلف في ذلك قول مالك فأجازه مرة ومنعه مرة وذلك لما يدخل الشركة بالدرهم من عند أحدهما والدنانير من عند الآخر من الشركة والصرف معا وعدم التناجز ولما يدخل الطعامين المختلفين من الشركة وعدم التناجز والمنع قال ابن القاسم ومن لم يعتبر هذه العلل أجازها (المسئلة الثالثة) وأما الشركة بالطعام من صنف واحد فأجازها ابن القاسم قياساً على اجماعهم على جوازها في الصنف الواحد من الذهب أو الفضة ومنعها مالك في أحد قولي وهو المشهور بعدم المناجزة التي يدخل فيه اذ رأى أن الأصل هو أن لا يقاس على موضع الرخصة بالاجماع وقد قيل ان وجه كراهية مالك لذلك أن الشركة تقتصر الى الاستواء في القيمة والبيع يقتصر الى الاستواء في الكيل فافتقرت الشركة بالطعامين من صنف واحد الى استواء القيمة والكيل وذلك لا يكاد يوجد فكره مالك ذلك فهذا هو اختلافهم في جنس محل الشركة واختلافوا هل من شرط مال الشركة ان يختلط أو لا يختلط فقال مالك ان من شرط مالى الشركة ان يختلط اما حساً واما حكماً مثل أن يكونا في صندوق واحد وأبدهما مطلقة عليهما وقال الشافعي لا تصح الشركة حتى يختلط مالىهما خلطاً يتميز به مال أحدهما من مال الآخر وقال أبو حنيفة تصح الشركة وان كان مال كل واحد منهما يبيده فأبو حنيفة اكتفى في انعقاد الشركة بالقول ومالك اشترط الى ذلك اشتراك التصرف في المال والشافعي اشترط الى هذين الاختلاط والفقهاء ان بالاختلاط يكون عمل الشريكين أفضل وأتم لأن النصح يوجد منه لشريكه كما يوجد لنفسه فهذا هو القول في هذا الركن وفي شروطة

(فأما الركن الثاني) وهو وجه اقتسامهما الربح فانهم اتفقوا على أنه اذا كان الربح تابعاً لرؤس الاموال أعني ان كان أصل مالى الشركة متساوياً بين كان الربح بينهما بنصفين واختلفوا هل يجوز ان يختلف رؤس أموالهما ويستويان في الربح فقال مالك والشافعي ذلك لا يجوز وقال أهل العراق يجوز ذلك وعمدة من منع ذلك تشبيه الربح بالخسران فكما أنه لو اشترط أحدهما جزءاً من الخسران ان لا يجوز كذلك اذا اشترط جزءاً من الربح خارجاً عن ماله ورعاشبهوا الربح بمنفعة العقار التي بين الشريكين أعني أن المنفعة بينهما تكون على نسبة أصل الشركة وعمدة أهل العراق تشبيه الشركة بالقراض وذلك انه لما جاز في القراض أن يكون للعامل من الربح ما اصطالحا عليه والعامل ليس يجعل مقابله الاعمال فقط كان في الشركة أخرى ان يجعل للعامل جزء من المال اذ كانت الشركة مالا من كل واحد منهما وعملها فيكون ذلك الجزء من الربح مقابلاً لفضل عمله على عمل صاحبه فان الناس يتفاوتون في العمل كما يتفاوتون في غير ذلك

(وأما الركن الثالث) الذي هو العمل فانه تابع كإقلنا عند مالك للمال فلا يعتبر بنفسه وهو عند أبي حنيفة يعتبر مع المال وأعلن أن من العلماء من لا يميز الشركة الا أن يكون مالاهما متساوياً بين التفاضل

الى العمل فانهم يرون أن العمل في الغالب مستو فاذ لم يكن المال بينهما على التساوى كان هناك غبن على أحدهما في العمل ولهذا قال ابن المنذر أجمع العلماء على جواز الشركة التي يخرج فيها كل واحد من الشريرين ما لا مثل مال صاحبه من نوعه أعني دراهم أو دنانير ثم يخلطانها حتى يصيرا مالا واحدا لا يتميز على أن يبيعوا ويشترى بامار أو يامن أنواع التجارة وعلى أن ما كان من فضل فهو بينهما بنصفين وما كان من خسارة فهو كذلك وذلك اذا باع كل واحد منهما بحضرة صاحبه واشترطه هذا الشرط يدل على أن فيه خلافا للمشهور عند الجمهور انه ليس من شرط الشركاء ان يبيع كل واحد منهما بحضرة صاحبه

❦ القول في شركة المفاوضة ❦

واختلفوا في شركة المفاوضة فاتفق مالك وأبو حنيفة بالجلمة على جوازها وان كانا يختلفوا في بعض شروطها وقال الشافعي لا يجوز ومعنى شركة المفاوضة ان يفوض كل واحد من الشريرين الى صاحبه التصرف في ماله مع غيبته وحضوره وذلك واقع عندهم في جميع أنواع المقلكات وعمدة الشافعي ان اسم الشركة انما يطلق على اختلاط الاموال فان الارباح فروع ولا يجوز ان تكون الفروع مشتركة الا باشتراك أصولها وأما اذا اشترط كل واحد منهما بما لصاحبه في ملك نفسه فذلك من الفرر وما لا يجوز وهذه صفة شركة المفاوضة وأما مالك فيرى أن كل واحد منهما قد باع جزءا من ماله بجزء من مال شريكه ثم وكل كل واحد منهما صاحبه على النظر في الجزء الذي بقي في يده والشافعي يرى أن الشركة ليست هي بيعا ووكالة وأما أبو حنيفة فهو ههنا على أصله في انه لا يرعى في شركة العنان الا النقد فقط وأما ما يختلف فيه مالك وأبو حنيفة من شروط هذه الشركة فان أبو حنيفة يرى ان من شرط المفاوضة التساوى في رؤس الاموال وقال مالك ليس من شرطها ذلك تشبيها بشركة العنان وقال أبو حنيفة لا يكون لأحدهما شيء الا ان يدخل في الشركة وعمدتهم ان اسم المفاوضة يقتضى هذين الأمرين أعني تساوى المالين وتعميم ملكهما

❦ القول في شركة الابدان ❦

وشركة الابدان بالجلمة عند أبي حنيفة والمالكية جائزة ومنع منها الشافعي وعمدة الشافعية أن الشركة انما تختص بالاموال لا بالاعمال لأن ذلك لا ينضبط فهو غرض عندهم اذا كان عمل كل واحد منهما مجحولا عند صاحبه وعمدة المالكية اشتراك الغائمين في الغنجة وهم انما استحقوا ذلك بالعمل ومارى من أن ابن مسعود شارك سعدا يوم بدر فأصاب سعد فرسين ولم يصب ابن مسعود شيئا فلم يشكر النبي صلى الله عليه وسلم عليهما وأيضا قال المضاربة انما تنعقد على العمل فجاز أن تنعقد عليه الشركة والشافعي ان المفاوضة خارجة عن الاصول فلا يقاس عليها وكذلك يشبه أن يكون حكم الغنجة خارجا عن الشركة ومن شرطها عند مالك اتفاق الصنعين والمكان وقال أبو حنيفة تجوز مع اختلاف الصنعين فيشترك ههنا الدباغ والقصار ولا يشتركان عند مالك وعمدة مالك زيادة الفرر الذي يكون عند اختلاف الصنعين أو اختلاف المسكان وعمدة أبي حنيفة جواز الشركة على العمل

❦ القول في شركة الوجوه ❦

وشركة الوجوه عند مالك والشافعي باطلة وقال أبو حنيفة هي جائزة وهذه الشركة هي الشركة على الذم من غير صنعة ولا مال وعمدة مالك والشافعي ان الشركة انما تتعلق على المال أو على العمل وكلاهما

معدومان في هذه المسئلة مع ما في ذلك من الغرر لأن كل واحد منهما عاوض صاحبه بكسب غير محدود بصناعة ولا عمل مخصوص وأبو حنيفة يعقدانه عمل من الاعمال فجاز أن تنعقد عليه الشركة

﴿ القول في أحكام الشركة الصحيحة ﴾

وهي من العقود الجائزة لامن العقود اللازمة أي لأحد الشريكين ان يفصل من الشركة متى شاء وهي عقد غير موروث ونفقهما وكسوتهما من مال الشركة إذا اتفقا باقي العيال ولم يخرجاعن نفقة مثلهما ويجوز لأحد الشريكين ان يبضع وان يقارض وان يودع إذا دعت الى ذلك ضرورة ولا يجوز له أن يهب شيئاً من مال الشركة ولان يتصرف فيه الا تصرفاً يرى أنه نظر لهما وأما من قصر في شيء أو نعدى فهو ضامن مثل أن يدفع مالا من التجارة فلا يشهد وينكره القابض فانه يضمن لأنه قصر اذ لم يشهد وله أن يقبل الشيء المغيب في الشراء وقرار أحد الشريكين في مال لمن يهتم عليه لا يجوز ويجوز اقلاته وتوليته ولا يضمن أحد الشريكين ما ذهب من مال التجارة باتفاق ولا يجوز للشريك المفاوض ان يقارض غيره الا باذن شريكه ويتنزل كل واحد منهما منزلة صاحبه فيما له وفيما عليه في مال التجارة وفروع هذا الباب كثيرة

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم ﴾

﴿ كتاب الشفعة ﴾

والنظر في الشفعة أولاً في قسمين القسم الأول في تصحيح هذا الحكم وفي أركانه القسم الثاني في أحكامه (القسم الأول) فأما وجوب الحكم بالشفعة فالسامون متفقون عليه لما ورد في ذلك من الاحاديث الثابتة الايماناً على من لا يرى بيع الشقص المشاع وأركانه أربعة الشافع والمشفوع عليه والمشفوع فيه وصفة الأخذ بالشفعة (الركن الأول) وهو الشافع ذهب مالك والشافعي وأهل المدينة الى أن لا شفعة الا للشريك مالم يقاسم وقال أهل العراق الشفعة مرتبة فأولى الناس بالشفعة الشريك الذي لم يقاسم ثم الشريك المقاسم اذا بقيت في الطريق أوفى الصحن شركة ثم الجار للملاصق وقال أهل المدينة لا شفعة للجار ولا للشريك المقاسم وعمدة أهل المدينة من سل مالك عن ابن شهاب عن أبي سامة عن عبد الرحمن وسعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة فيما لم يقسم بين الشركاء فاذا وقعت الحدود بينهم فلا شفعة وحديث جابر أيضاً أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود فلا شفعة أخرجه مسلم والترمذي وأبو داود وكان أحمد بن حنبل يقول حديث معمر عن الزهري عن أبي سامة عن عبد الرحمن أصح ما روي في الشفعة وكان ابن معين يقول من سل مالك أحب الى إذا كان مالك انما رواه عن ابن شهاب موقوفاً وقد دخل قوم هذا الاختلاف على ابن شهاب في استانه توهيناه وقد روى عن مالك في غير الموطأ عن ابن شهاب عن أبي هريرة ووجه استدلالهم من هذا الأثر ما ذكر فيه من أنه اذا وقعت الحدود فلا شفعة وذلك أنه اذا كانت الشفعة غير واجبة للشريك المقاسم فهي أحرى أن لا تكون واجبة للجار وأيضاً فان الشريك المقاسم هو جار اذا قاسم وعمدة أهل العراق حديث أبي رافع عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال الجار أحق بقبضه وهو حديث متفق عليه وخروج الترمذي وأبو داود عنه عليه السلام أنه قال جار الدار أحق بدار الجار وصححه الترمذي ومن طريق المعنى لهم أيضاً انه لما كانت الشفعة

انما المقصود منها دفع الضرر الداخل من الشركة وكان هذا المعنى موجودا في الجار وجب أن يلحق به
ولأهل المدينة أن يقولوا وجود الضرر في الشركة أعظم منه في الجوار وبالجملة فعمدة المالكية ان الاصول
تقتضي أن لا يخرج ملك أحد من يده الا برضاه وأن من اشترى شيئا فلا يخرج من يده الا برضاه
حتى يدل الدليل على التخصيص وقد تعارضت الآثار في هذا الباب فوجب أن يرجح ما شهدت له الاصول
ولكلال القولين سلف متقدم لأهل العراق من التابعين ولاهل المدينة من الصحابة (الركن الثاني)
وهو المشفوع فيه اتفق المسلمون على أن الشفعة واجبة في الدور والعقار والارضين كلها واختلفوا
فيما سوى ذلك فتحصيل مذهب مالك انها في ثلاثة أنواع أحدها مقصود وهو العقار من الدور والخوانيت
والبساتين والثاني ما يتعلق بالعقار مما هو ثابت لا ينقل ولا يحول وذلك كالبر ومحل النخل مادام الاصل
فيها على صفة تجب فيها الشفعة عنه وهو أن يكون الاصل الذي هو الارض مشاعينته وبين شريكه
غير مقسوم والثالث ما يتعلق بهذه كالثمار وفيها عنه خلاف وكذلك كراء الارض للزراعة وكاتب المكاتب
واختلف عنه في الشفعة في الحام والرحا وأما ما عدا هذا من العروض والحيوان فلا شفعة فيها عنده
وكذلك لا شفعة عنده في الطريق ولا في عرصة الدار واختلف عنه في اكرية الدور وفي المساقاة
وفي الدين هل يكون الذي عليه الدين أحق به وكذلك الذي عليه الكتابة وبه قال عمر بن عبد العزيز
وروي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة في الدين وبه قال أشهب من أصحاب مالك
وقال ابن القاسم لا شفعة في الدين ولم يختلف في إيجابها في الكتابة لحرمه العتق وفقهاء الامصار على أن لا شفعة
الا في العقار فقط وحكى عن قوم ان الشفعة في كل شيء ما عدا المسكيل والموزون ولم يجز أبو حنيفة الشفعة
في البر والفحل وأجازها في العرصة والطريق ووافق الشافعي مالك في العرصة وفي الطريق وفي البر
وخالفه جيعان الثمار وعمدة الجمهور في قصر الشفعة على العقار ما ورد في الحديث الثابت من قوله عليه
السلام الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الخسود وصرفت الطرق فلا شفعة فكانه قال الشفعة فيما تمكن فيه
القسمه مادام لم يقسم وهذا استدلال بدليل الخطأ وقد أجمع عليه في هذا الموضوع فقهاء الامصار
مع اختلافهم في حصة الاستدلال به وأما عمدة من أجازها في كل شيء فآخروها الترمذي عن ابن عباس
أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال شريك شفيح والشفعة في كل شيء ولا معنى ضرر الشركة والجوار
موجود في كل شيء وان كان في العقار أظهر ولما لحظ هذا مالك أجري ما يشيع العقار بحري العقار واستدل
أبو حنيفة على منع الشفعة في البر بما روي لا شفعة في بر وما لك جل هذا الأثر على آثار الصحاري التي
تعمل في الأرض الموات لا التي تكون في أرض مملوكة (الركن الثالث) وأما المشفوع عليه
فأنهم اتفقوا على أنه من انتقل اليه الملك بشراء من شريك غير مقاسم أو من جاره عند من يرى الشفعة
للبجار واختلفوا فيمن انتقل اليه الملك بغير شراء فالمشهور عن مالك ان الشفعة انما تجب اذا كان انتقال
الملك بعوض كالبيع والصلح والمهر وارث الجنائيات وغير ذلك وبه قال الشافعي وعنه رواية ثانية انها تجب
بكل ملك انتقل بعوض أو بغير عوض كالمطعم لغير الثواب والصدقة ما عدا الميراث فانه لا شفعة عند الجميع
فيه باتفاق وأما الحنفية فالشفعة عندهم في المبيع فقط وعمدة الحنفية ظاهر الاحاديث وذلك
ان مفهومها يقتضي انها في المبيعات بل ذلك نص فيها لأن في بعضها فلا يبيع حتى يستأذن شريكه

وأما المالكية فرأت ان كل ما انتقل بعوض فهو في معنى البيع ووجه الرواية الثانية أنها اعتبرت الضرر فقط وأما الهبة للثواب فلا شفعة فيها عند أبي حنيفة ولا الشافعي أما أبو حنيفة فلان الشفعة عنده في المبيع فقط وأما الشافعي فلان هبة الثواب عنده باطلة وأما مالك فلا خلاف عنده وعند أصحابه في أن الشفعة فيها واجبة واتفق العلماء على أن المبيع الذي بالخيار انه اذا كان الخيار فيه للبائع ان الشفعة لا تجب حتى يجب البيع واختلفوا اذا كان الخيار للمشتري فقال الشافعي والكوفيون الشفعة واجبة عليه لأن البائع قد صرم الشقص عن ملكه وأبانه منه وقيل ان الشفعة غير واجبة عليه لأنه غير ضامن وبه قال جماعة من أصحاب مالك واختلف في الشفعة في المساقاة وهي تبديل أرض بأرض فعن مالك في ذلك ثلاث روايات الجواز والمنع والثالث أن تكون المناقاة بين الاشراك أو الاجانب فلم يرها في الاشراك ورأها في الاجانب (الركن الرابع في الاخذ بالشفعة) والنظر في هذا الركن بماذا يأخذ الشفيع وكما يأخذ ومتى يأخذ فاما بماذا يأخذ فانهم اتفقوا على أنه يأخذ في البيع بالثمن ان كان حالا واختلفوا اذا كان البيع الى أجل هل يأخذه الشفيع بالثمن الى ذلك الاجل أو يأخذ المبيع بالثمن حالا وهو غير فقال مالك يأخذه بذلك الاجل اذا كان مليا أو يأخذ بضامن ملي وقال الشافعي الشفيع غير فان عجلت الشفعة والانتأخر الى وقت الاجل وهو نحو قول الكوفيين وقال الثوري لا يأخذها الا بالثقة لأنها قد دخلت في ضمان الأول قال ومن امن يقول تنقي في يد الذي باعها فاذا بلغ الاجل أخذها الشفيع والذين رأوا الشفعة في سائر المعاضات مما ليس يبيع فالعلوم عنهم أنه يأخذ الشفعة بقيمة الشقص ان كان العوض مما ليس يتقدر مثل ان يكون معطى في خلع وامان يكون معطى في شيء يتقدر ولم يكن دنائير ولا دراهم ولا بالجملة مكيلا ولا موزونا فانه يأخذه بقيمة ذلك الشيء الذي دفع الشقص فيه وان كان ذلك الشيء محسود القدر بالشرع أخذ ذلك الشقص بذلك القدر مثل أن يدفع الشقص في موهضة وجبت عليه أو منقطة فانه يأخذه بدية الموهضة أو المنقطة وأما كم يأخذ فان الشفيع لا يخلو أن يكون واحدا أو أكثر والمشفوع عليه أيضا لا يخلو أن يكون واحدا أو أكثر فأما ان كان الشفيع واحدا والمشفوع عليه واحدا فلا خلاف في ان الواجب على الشفيع أن يأخذ الكل أو بدع وأما اذا كان المشفوع عليه واحدا والشفعاء أكثر من واحد فانهم اختلفوا من ذلك في موضعين أحدهما في كيفية قسمة المشفوع فيه بينهم والثاني اذا اختلفت أسباب شركتهم هل يحجب بعضهم بعضا عن الشفعة أم لا مثل أن يكون بعضهم شركاء في المال الذي ورثوه لأنهم أهل سهم واحد وبعضهم لأنهم عصبية (فأما المسئلة الاولى) وهي كيفية توزيع المشفوع فيه فان مالك والشافعي وجهور أهل المدينة يقولون ان المشفوع فيه يقسمونه بينهم على قدر حصصهم فمن كان نصيبه من أصل المال الثلث مثلاً أخذ من الشقص ثلث الثمن ومن كان نصيبه الربع أخذ الربع وقال الكوفيون هي على عدد الرؤس على السواء وسواء في ذلك الشريك ذو الحظ الأكبر وذو الحظ الأصغر وعمدة المدنيين أن الشفعة حق يستفاد وجوبه بالملك المتقدم فوجب ان يتوزع على مقدار الأصل أصله الأكرية في المستأجرات المشتركة والربح في شركة الاموال وأيضا فان الشفعة انما هي لازالة الضرر والضرر داخل على كل واحد منهم على غير استواء لأنه انما يدخل على كل واحد منهم بحسب حصته فوجب ان يكون استحقاقهم لدفعه على تلك النسبة

وعدة الخنفة ان وجوب الشفعة انما يلزم بنفس المالك فيستوى في ذلك أهل الحظوظ المختلفة لاستوائهم في نفس المالك ورب ما شبهوا ذلك بالشركاء في العبدية حتى بعضهم نصيبه أنه يقوم على المعتقدين على السوية أعنى حظ من لم يعتق (وأما المسئلة الثانية) فان الفقهاء اختلفوا في دخول الاشراك الذين هم عصبه في الشفعة مع الاشراك الذين شركتهم من قبل السهم فقال مالك أهل السهم الواحد أحق بالشفعة اذا باع أحدهم من الاشراك معهم في المال من قبل التعصيب وأنه لا يدخل ذوو العصبه في الشفعة على أهل السهام المقدره ويدخل ذوو السهام على ذوى التعصيب مثل ان يموت ميت فيترك عقار أثره عنه بنتان وابناهم ثم يتبع البنت الواحدة حظها فان البنت الثانية عند مالك هي التي تشفع في ذلك الحظ الذي باعتها اختها فقط دون ابني الم وإن باع أحد ابني الم نصيبه يشفع فيه البنات وابن الم الثاني وبهذا القول قال ابن القاسم وقال أهل الكوفة لا يدخل ذوو السهام على العصبات ولا العصبات على ذوى الاسهام ويتشافع أهل السهم الواحد فيما بينهم خاصة وبه قال أشهب وقال الشافعي في أحد قولييه يدخل ذوو السهام على العصبات والعصبات على ذوى السهام وهو الذي اختاره المزني وبه قال المغيرة من أصحاب مالك وعمدة مذهب الشافعي عموم قضائه صلى الله عليه وسلم بالشفعة بين الشركاء ولم يفصل ذوى سهم من عصبه ومن خصص ذوى السهام من العصبات فلانه رأى ان الشركة مختلفة الاسباب أعنى بين ذوى السهام وبين العصبات فشبه الشركات المختلفة الاسباب بالشركات المختلفة من قبل محاطها الذي هو المال بالقسمة بالاموال ومن أدخل ذوى السهام على العصبه ولم يدخل العصبه على ذوى السهام فهو استحسان على غير قياس ووجه الاستحسان انه رأى ان ذوى السهام أقعد من العصبه وأما اذا كان المشفوع عليهما اثنين فأكثر فأراد الشفيع ان يشفع على أحدهما دون الثاني فقال ابن القاسم اما ان يأخذ الكل أو يدع وقال أبو حنيفة وأصحابه والشافعي له ان يشفع على أيهما أحب وبه قال أشهب فأما اذا باع رجلان شقصا من رجل فأراد الشفيع أن يشفع على أحدهما دون الثاني فان أبا حنيفة منع ذلك وجوزه الشافعي وأما اذا كان الشافعون أكثر من واحد أعنى الاشراك فأراد بعضهم ان يشفع وسلم له الباقي في البيوع فالجمهور على ان للشترى أن يقول للشريك اما أن تشفع في الجنيح أو تترك وأنه ليس له أن يشفع بحسب حظه الآن يوافق المشتري على ذلك وأنه ليس له أن يبعض الشفعة على المشتري ان لم يرض بتبعيضها وقال أصبغ من أصحاب مالك ان كان ترك بعضهم الأخذ بالشفعة رفقا للمشتري لم يكن للشفيع الآن يأخذ حصته فقط ولا خلاف في منذهب مالك انه اذا كان بعض الشفعاء غائبا وبعضهم حاضرا فأراد الحاضر أن يأخذ حصته فقط انه ليس له ذلك الآن يأخذ الكل أو يدع فإذا قدم الغائب فان شاء أخذ وان شاء ترك وانفقوا على أن من شرط الأخذ بالشفعة أن تكون الشركة متقدمة على البيع واختلفوا هل من شرطها أن تكون موجودة في حال البيع وأن تكون ثابتة قبل البيع * فأما المسئلة الاولى وهي اذا لم يكن شريكا في حال البيع وذلك يتصور بأن يكون يتراخى عن الأخذ بالشفعة بسبب من الاسباب التي لا يقطع له الأخذ بالشفعة حتى يبيع الحظ الذي كان به شريكا فروى أشهب ان قول مالك اختلف في ذلك مرة قال له الأخذ بالشفعة ومرة قال ليس له ذلك واختار أشهب أنه لا شفعة له وهو قياس قول الشافعي والكوفي لان المقصود بالشفعة انما هو ازالة الضرر من جهة الشركة وهذا ليس بشريك وقال ابن القاسم له الشفعة اذا كان

قيامه في أثره لانه يرى أن الحق الذي وجبه له لم يرتفع ببيععه حفظه * وأما المسئلة الثانية فصورتها أن يستحق انسان شقصا في أرض قديع منها قبل وقت الاستحقاق شقصا هل له أن يأخذ بالشفعة أم لا فقال قوم له ذلك لانه وجبت له الشفعة بتقدم شركته قبل البيع ولا فرق في ذلك كانت بده عليه أو لم تكن وقال قوم لا تجب له الشفعة لانه إنما ثبت له مال الشركة يوم الاستحقاق قالوا ألا ترى أنه لا يأخذ الغلة من المشتري فأما مالك فقال ان طال الزمان فلا شفعة وان لم يطل ففيه الشفعة وهو استحسان وأما من يأخذ وهو له الشفعة فان الذي له الشفعة رجلان حاضر أو غائب فأما الغائب فأجع العلماء على أن الغائب على شفخته مالم يعلم ببيع شركه واختلفوا اذا علم وهو غائب فقال قوم تسقط شفخته وقال قوم لا تسقط وهو مذهب مالك وأججه ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم من حديث جابر أنه قال الجار أحق بصقبه أو قال بشفخته ينتظر بها اذا كان غائبا أيضا فان الغائب في الأكثر معوق عن الاخذ بالشفعة فوجب عذره وعمدة الفريق الثاني ان سكوته مع العلم قرينة تدل على رضاه بإسقاطها وأما الحاضر فان الفقهاء اختلفوا في وقت وجوب الشفعة له فقال الشافعي وأبو حنيفة هي واجبة له على الفور بشرط العلم وإمكان الطلب فان علم أو مكن الطلب ولم يطلب بطلت شفخته الآن بأحيفه قال ان أشهد بالخذ لم تبطل وان تراخى وأما مالك فليست عنده على الفور بل وقت وجوبها متسع واختلف قوله في هذا الوقت هل هو محدود أم لا فمرة قال هو غير محدود وأنها لا تنقطع أبدا الا أن يبحث المبتاع بناء أو تغييرا كثيرا بمعرفته وهو حاضر عالم ساكت ومرة حدد هذا الوقت فروى عنه السنة وهو الا شهر وقيل أكثر من سنة وقد قيل عنه ان الخمسة الاعوام لا تنقطع فيها الشفعة واحتج الشافعي بما روى أنه عليه الصلاة والسلام قال الشفعة كحل العقال وقد روى عن الشافعي ان أمدتها ثلاثة أيام وأما من لم يسقط الشفعة بالسكوت واعتقد على أن السكوت لا يبطل حق امرئ مسلم مالم يظهر من قرآن أو حواله ما يدل على إسقاطه وكان هذا أشبه بأصول الشافعي لأن عنده أنه ليس يجب أن ينسب الى ساكت قول قائل وان اقترنت به أحوال تدل على رضاه ولكنه فيما أحسب اعتقد الأثر فهذا هو القول في أركان الشفعة وشروطها المصححة لها وبقى القول في الأحكام (القسم الثاني)

القول في أحكام الشفعة

وهذه الأحكام كثيرة ولكن نذكر منها ما اشتهر فيه الخلاف بين فقهاء الأمصار فن ذلك اختلافهم في ميراث حق الشفعة فنهب الكوفيون الى أنه لا يورث كإنا لا يباع وذهب مالك والشافعي وأهل الحجاز الى انها موروثة قياسا على الاموال وقد تقدم سبب الخلاف في هذه المسائل في مسئلة الرد بالعيب ومنها اختلافهم في عهدة الشفيع هل هي على المشتري أو على البائع فقال مالك والشافعي هي على المشتري وقال ابن أبي ليلى هي على البائع وعمدة مالك ان الشفعة إنما وجبت للشريك بعد حصول ملك المشتري وبحته فوجب ان تكون عليه العهدة وعمدة الفريق الآخر أن الشفعة إنما وجبت للشريك بنفس البيع فطروها على البيع فسخه وعقد لها وأجعوها على ان الاقالة لا تبطل الشفعة من رأى أنها بيع ومن رأى أنها فسخ أعنى الاقالة واختلف أصحاب مالك على من عهدة الشفيع في الاقالة فقال ابن القاسم على المشتري وقال أشهب هو مخير ومنها اختلافهم اذا أحدث المشتري بناء

أو غرسا أو ما يشبهه في الشقص قبل قيام الشفيع ثم قام الشفيع يطلب شفيعته فقال مالك لا شفعة الا ان يعطى المشتري قيمة ما بنى وما غرس وقال الشافعي وأبو حنيفة هو متعذر للشفيع ان يعطيه قيمة بناءه مقبوعا أو يأخذه بنقصه والسبب في اختلافهم تردد تصرف المشفوع عليه العالم بوجوب الشفعة عليه بين شبهة تصرف الغاصب وتصرف المشتري الذي يطرأ عليه الاستحقاق وقبدي في الأرض وغرس وذلك انه وسط بينهما فمن غلب عليه شبه الاستحقاق لم يكن له ان يأخذ القيمة ومن غلب عليه شبه التعدي قال له ان يأخذه بنقصه أو يعطيه قيمته منقوضا ومنها اختلافهم اذا اختلف المشتري والشفيع في مبلغ الثمن فقال المشتري اشتريت الشقص بكذا وقال الشفيع بل اشتريته بأقل ولم يكن لواحد منهماينة فقال جمهور الفقهاء القول قول المشتري لأن الشفيع مدع والمشفوع عليه مدعى عليه وخالف في ذلك بعض التابعين فقالوا القول قول الشفيع لأن المشتري قد أقر له بوجوب الشفعة وادعى عليه مقدار من الثمن لم يعترف له به وأما أصحاب مالك فاختلفوا في هذه المسئلة فقال ابن القاسم القول قول المشتري اذا أتى بما يشبه باليمين فان أتى بما لا يشبهه فالقول قول الشفيع وقال أشهب اذا أتى بما يشبهه فالقول قول المشتري بلا يمين وفيه لا يشبه باليمين وحكى عن مالك انه قال اذا كان المشتري ذا سلطان يعلم العادة انه يزيد في الثمن قبل قول المشتري بغير يمين وقيل اذا أتى المشتري بما لا يشبهه رد الشفيع الى القصة وكذلك فيما أحسب اذا أتى كل واحد منهما بما لا يشبهه واختلفوا اذا أتى كل واحد منهما بينة وتساو في العدالة فقال ابن القاسم يسقطان مغاير رجوع الى الاصل من أن القول قول المشتري مع يمينه وقال أشهب البينة بينة المشتري لا نهازادت علما

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما ﴾

﴿ كتاب القسمة ﴾

والاصل في هذا الكتاب قوله تعالى (واذا حضر القسمة أولوا القربى) وقوله (مما قل منه أو كثر نصيبا مقروضا) وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم أيا دار قسمت في الجاهلية فهي على قسم الجاهلية وأيا دار أدركها الاسلام ولم تقسم فهي على قسم الاسلام والنظر في هذا الكتاب في القاسم والمقسوم عليه والقسمة والنظر في القسمة في أبواب الباب الأول في أنواع القسمة الثاني في تعيين محل نوع نوع من أنواعها أعني ما يقبل القسمة وما لا يقبلها وصفة القسمة فيها وشروطها أعني فيما يقبل القسمة الثالث في معرفة أحكامها

﴿ الباب الأول ﴾

والنظر في القسمة ينقسم أولا الى قسمين قسمة رقاب الأموال والثاني منافع الرقاب

﴿ القسم الأول من هذا الباب ﴾ فاما قسمة الرقاب التي لا تكال ولا توزن فتقسم بالجله الى ثلاثة أقسام قسمة فرعة بعد تقويم وتعديل وقسمة مراضة بعد تقويم وتعديل وقسمة مراضة بغير تقويم ولا تعديل وأما ما يكال أو يوزن فبالكيل والوزن ﴿ القسم الثاني ﴾ وأما الرقاب فانها تنقسم الى ثلاثة أقسام ما لا ينقل ولا يحول وهي الرقاب والأصول وما ينقل ويحول وهذان قسمان اما غير مكيل ولا موزون وهو الخيوان والعروض واما مكيل وموزون ففي هذا الباب ثلاثة فصول الاول في الرقاب والثاني في العروض والثالث في المكيل والموزون

فأما الرابح والاصول فيجوز أن تقسم بالتراضي وبالسهمه اذا عدلت بالقيمة اتفق أهل العلم على ذلك اتفاقا جملا وإن كانوا اختلفوا في محل ذلك وشرطه والقسمه لا تخلو أن تكون في محل واحد أو في محال كثيرة فإذا كانت في محل واحد فلا خلاف في جوازها اذا انقسمت إلى أجزاء متساوية بالصفة ولم تنقص منفعة الأجزاء بالتقسيم ويجوز الشركاء على ذلك وأما اذا انقسمت إلى المال منفعة فيه فاختلاف في ذلك مالك وأصحابه فقال مالك انها تقسم بينهم اذا دعا أحدهم لذلك ولو لم يصر لواحد منهم إلا المال منفعة فيه مثل قدر القدم وبه قال ابن كنانة من أصحابه فقط وهو قول أبي حنيفة والشافعي وعلمتهم في ذلك قوله تعالى (عما قل منه أو أكثر نصيبا مفروضا) وقال ابن القاسم لا يقسم إلا أن يصير لكل واحد في حظه ما ينتفع به من غير مضرة داخله عليه في الاتفاق من قبل القسمة وإن كان لا يراعى في ذلك نقصان الثمن وقال ابن الماجشون يقسم اذا صار لكل واحد منهم ما ينتفع به وإن كان من غير جنس المنفعة التي كانت في الاشتراك أو كانت أقل وقال مطرف من أصحابه إن لم يصر في حظ كل واحد ما ينتفع به لم يقسم وإن صار في حظ بعضهم ما ينتفع به وفي حظ بعضهم ما لا ينتفع به قسم ويجبروا على ذلك سواء دعا إلى ذلك صاحب النصيب القليل أو الكثير وقيل يجبر إن دعا صاحب النصيب القليل ولا يجبر إن دعا صاحب النصيب الكثير وقيل بعكس هذا وهو ضعيف واختلفوا من هذا الباب فيما اذا قسم انتقلت منفعته إلى منفعة أخرى مثل الحمام فقال مالك يقسم اذا طلب ذلك أحد الشريكين وبه قال أشهب وقال ابن القاسم لا يقسم وهو قول الشافعي فعمدة من منع القسمة قوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار وعمدة من رأى القسمة قوله تعالى (عما قل منه أو أكثر نصيبا مفروضا) ومن الحجة لمن لم ير القسمة حديث جابر عن أبيه لانهضية على أهل الميراث الأماجل القسم والتعضية التفرقة يقول لاقسمة بينهم وأما اذا كانت الرابع أكثر من واحد فانها لا تخلو أيضا أن تكون من نوع واحد أو مختلفة الأنواع فإذا كانت متفقة الأنواع فإن فقهاء الأمصار في ذلك مختلفون فقال مالك اذا كانت متفقة الأنواع قسمت بالتقويم والتعديل والسهمه وقال أبو حنيفة والشافعي بل يقسم كل عقار على حدة فعمدة مالك أنه أقل للضرر الداخلة على الشركاء من القسمة وعمدة الفريق الثاني أن كل عقار تعينه بنفسه لأنه يتعلق به الشفعة واختلف أصحاب مالك اذا اختلفت الأنواع المتفقة في النفاق وإن تباعدت مواضعها على ثلاثة أقوال وأما اذا كانت الرابع مختلفة مثل أن يكون منها دور ومنها حواط ومنها أرض فلا خلاف أنه لا يجمع في القسمة بالسهمه ومن شرط قسمة الحواط للمرة أن لا تقسم مع الثمرة اذا ابدأ صلاحها باتفاق في المنهوب لأنه يكون بيع الطعام بالطعام على رؤس الثمر وذلك من إنبته وأما قسمتها قبل بدو الصلاح ففيه اختلاف بين أصحاب مالك أما ابن القاسم فلا يجوز ذلك قبل الإبراء بحال من الأحوال ويعتدل لذلك لأنه يؤدي إلى بيع طعام بطعام متفاضلا ولذلك زعم أنه لم يجز مالك شراء الثمر الذي لم يطب بالطعام لانسبته ولا نقدا وأما إن كان بعد الإبراء فإنه لا يجوز عنده الا بشرط أن يشترط أحدهما على الآخر أن ما وقع من الثمر في نصيبه فهو داخل في القسمة وما لم يدخل في نصيبه فهم فيه على الشركة والعلة في ذلك عنده أنه يجوز

اشتراط المشتري الثمر بعد الابار ولا يجوز قبل الابار فكان أحدهما اشتري حفظ صاحبه من جميع الثمرات التي وقعت له في القسمة بحظه من الثمرات التي وقعت لشرىكه واشتراط الثمر وصفة القسم بالقرعة أن تقسم القرية وتحقق وتضرب ان كان في سهامها كسر الى أن نصح السهام ثم يقوم كل موضع منها وكل نوع من غراساتها ثم يعدل على أقل السهام بالقيمة فربما عدل جزء من موضع ثلاثة أجزاء من موضع آخر على قيم الأرضين ومواقعها فإذا قسمت على هذه الصفات وعدلت كتبت في بطاقي أسماء الاشراك وأسماء الجهات فنخرج اسمه في جهة أخذ منها وقيل يرمى بالأسماء في الجهات فنخرج اسمه في جهة أخذ منها فان كان أكثر من ذلك السهم ضوعفه حتى يتم حظه فهذه هي حال قرعة السهم في الرقاب والسهمته انما جعلها الفقهاء في القسمة تلييبا لنفوس المتقاسمين وهي موجودة في الشرع في مواضع منها قوله تعالى (فساهم فكان من المدحضين) وقوله (وما كنت لديهم اذ يلقون أقلامهم أنهم يكفل مريم) ومن ذلك الأثر الثابت الذي جاء فيه أن رجلا أعتق ستة أعبد عند موته فاسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهم فاعتق ثلث ذلك الرقيق وأما القسمة بالتراضي سواء كانت بعد تعديل وتوقيع أو بغير توقيع وتعديل فتجوز في الرقاب المتفقة والمختلفة لأنها بيع من البيوع وانما يحرم فيها ما يحرم في البيوع

﴿ الفصل الثاني في العروض ﴾

وأما الحيوان والعروض فاتفق الفقهاء على أنه لا يجوز قسمة واحد منهما للفساد الداخل في ذلك واختلفوا اذا اشاح الشريكان في العين الواحدة منهما ولم يتراضيا بالاتفاق به على الشياخ وأراد أحدهما أن يبيع صاحبه معه فقال مالك وأصحابه يجبر على ذلك فان أراد أحدهما أن يأخذه بالقيمة التي أعطى فيها أخذه وقال أهل الظاهر لا يجبر لأن الأصول تقتضي أن لا يخرج ملك أحد من يده الا بدليل من كتاب أو سنة أو إجماع وحجة مالك أن في ترك الاجبار ضررا وهذا من باب القياس المرسل وقد قلنا في غير ما موضع انه ليس يقول به أحد من فقهاء الأمصار الا مالك ولكنه كالضروري في بعض الأشياء وأما اذا كانت العروض أكثر من جنس واحد فاتفق العلماء على قسمتها على التراضي واختلفوا في قسمتها بالتعديل والسهمه فاجازها مالك وأصحابه في الصنف الواحد ومنع من ذلك عبد العزيز بن أبي سامة وابن الماجشون واختلف أصحاب مالك في تمييز الصنف الواحد الذي تجوز فيه السهمه من التي لا تجوز فاعتبره أشهب بما لا يجوز تسليم بعضه في بعض وأما ابن القاسم فاضطرب فقرة أجاز القسم بالسهمه فيما (٧) يجوز تسليم بعضه في بعض فجعل القسمه أخف من السلم ومرة منع القسمه فيما منع فيه السلم وقد قيل ان منبه ان القسمه في ذلك أخف وان سألته التي يظن من قبلها أن القسمه عنده أشد من السلم تقبل التأويل على أصله الثاني وذهب ابن حبيب الى أنه يجمع في القسمه ما تقارب من الصنفين مثل الخنزير والحرير والقطن والكتان وأجاز أشهب جمع صنفين في القسمه بالسهمه مع التراضي وذلك ضعيف لأن الفر لا يجوز بالتراضي

﴿ الفصل الثالث ﴾

فأما المكيل والموزون فلا يجوز فيه القرعة باتفاق الاما حكي اللخمي والمكيل أيضا لا يخلو أن يكون صبرة واحدة أو صبرتين فإذا كان صنفوا واحدا فلا يخلو أن تكون قسمته على الاعتدال بالمكيل أو بالوزن

(٧) قوله فيما يجوز هكذا بالنسخ ولعله فيما لا يجوز بدليل المقابل تأمل اه مصححه

اذا دعا الى ذلك أحد الشرىكين ولا خلاف في جواز قسمته على التراضي على التفضيل البين كان ذلك من الربوى أو من غير الربوى أعنى الذى لا يجوز فيه التفاضل ويجوز ذلك بالكيل المعلوم والمجهول ولا يجوز قسمته جزافا بغير كيل ولا وزن وأما ان كانت قسمته تحريا فليل لا يجوز في المكيل ويجوز في الموزون ويدخل في ذلك من اختلف ما يدخل في جوازيه تحريا وأما ان لم يكن ذلك من صبرة واحدة وكان صنفين فإن كان ذلك مما لا يجوز فيه التفاضل فلا يجوز قسمته على جهة الجمع الا بالكيل المعلوم فيما يكال وبالوزن بالصنعة المعروفة فيما يوزن لأنه اذا كان بمكيل مجهول لم يدركم يحصل فيه من الصنف الواحد اذا كانا مختلفين من الكيل المعلوم وهذا كله على منذهب مالك لأن أصل منذهب أنه يحرم التفاضل في الصنفين اذا تقاربت منافعهما مثل القمح والشعير وأما ان كان مما يجوز فيه التفاضل فيجوز قسمته على الاعتدال والتفاضل البين المعروف بالمكيل المعروف والصنعة المعروفة أعنى على جهة الجمع وان كانا صنفين وهذا الجواز كله في المذهب على جهة الرضا وأما في واجب الحكم فلا تنقسم كل صبرة الاعلى حدة واذا قسمت كل صبرة على حدة جازت قسمتها بالمكيل المعلوم والمجهول فهذا كله هو حكم القسمة التى تكون في الرقاب

﴿ القول في القسم الثانى وهو قسمة المنافع ﴾

فأما قسمة المنافع فانها لا تجوز بالسهمه على منذهب ابن القاسم ولا يجبر عليها من أبابها ولا تكون القرعة على قسمة المنافع وذهب أبو حنيفة وأصحابه الحائنه يجبر على قسمة المنافع وقسمة المنافع هي عند الجميع بالمهاياة وذلك اما بالآزمان واما بالآعيان أما قسمة المنافع بالآزمان فهو أن يتفعل كل واحد منهما بالعين مدة مساوية لمدة انتفاع صاحبه وأما قسم الاعيان بأن يقسم الرقاب على أن يتفعل كل واحد منهما بما حصل له مدة محدودة والرقاب باقية على أصل الشركة وفي المذهب في قسمة المنافع بالآزمان اختلاف في تحديد المدة التى تجوز فيها القسمة لبعض المنافع دون بعض للاغتلال والانتفاع مثل استخدام العبد وركوب الدابة وزراعة الأرض وذلك أيضا فيما ينقل ويحول أو لا ينقل ولا يحول فأما فيما ينقل ويحول فلا يجوز عندهما لك وأصحابه في المدة الكثيرة ويجوز في المدة اليسيرة وذلك في الاغتلال والانتفاع وأما فيما لا ينقل ولا يحول فيجوز في المدة البعيدة والاجل البعيد وذلك في الاغتلال والانتفاع واختلفوا في المدة اليسيرة فيما ينقل ويحول في الاغتلال فليل اليوم الواحد ويحوى وقيل لا يجوز ذلك في الدابة والعبد وأما الاستخدام فليل يجوز في مثل خمسة الايام وقيل في الشهر وأكثر من الشهر فأبلا وأما التهاؤ في الاعيان بأن يستعمل هذا دارامدة من الزمان وهذا دارا تلك المدة بعينها فليل يجوز في سكنى الدار وزراعة الارضين ولا يجوز ذلك في الغلة والكرء الا في الزمان اليسير وقيل يجوز على قياس التهاؤ بالآزمان وكذلك القول في استخدام العبد والدواب يجرى القول فيه على الاختلاف في قسمتها بالآزمان فهذا هو القول في أنواع القسمة في الرقاب وفي المنافع وفي الشروط للصحة والمفسدة وبقى من هذا

﴿ القول في الاحكام ﴾

الكتاب القول في الاحكام والقسمة من العقود اللازمة لا يجوز للتقاسمين قضها ولا الرجوع فيها الا بالطوارئ عليها والطوارئ ثلاثة غبن أو وجود عيب أو استحقاق فأما الغبن فلا يوجب الفسخ الا في قسمة القرعة باتفاق في المذهب

الاعلى قياس من يرى له تأثيرا في البيع فيلزم على منعه أن يؤثر في القسمة وأما الرد بالعيب فانه لا يخلو على منعه ابن القاسم أن يجد العيب في جل نصيبه أو في أقله فان وجده في جل نصيبه فانه لا يخلو أن يكون النصيب الذي حصل لشريكه قد فاق أول يفت فان كان قد فاق رد الواجد للعيب نصيبه على الشركة وأخذ من شريكه نصف قيمة نصيبه يوم قبضه وان كان لم يفت انفسخت القسمة وعادت الشركة الى أصلها وان كان العيب في أقل ذلك رد ذلك الاقل على أصل الشركة فقط سواء فات نصيب صاحبه أو لم يفت ورجع على شريكه بنصف قيمة تلك الزيادة ولا يرجع في شيء مما في يده وان كان قائما بالعيب وقال أشهب والذي بقيت الرد قد تقدم في كتاب البيوع وقال عبد العزيز بن الماجشون وجود العيب يفسخ القسمة التي بالقرعة ولا يفسخ التي بالتراضي لان التي بالتراضي هي بيع وأما التي بالقرعة فهي تمييز حق واذا فسخت بالغبين وجب أن تفسخ بالرد بالعيب وحكم الاستحقاق عند ابن القاسم حكم وجود العيب ان كان المستحق كثيرا وحظ الشريك لم يفت رجع معه شريكا في يده وان كان قد فاق رجع عليه بنصف قيمة ما في يده وان كان يسيرا رجع عليه بنصف قيمة ذلك الشيء وقال محمد اذا استحق ما في يد أحدهما بطلت القسمة في قسمة القرعة لانه قد تبين أن القسمة لم تقع على عدل كقول ابن الماجشون في العيب وأما اذا طرأ على المال حق فية مثل طوارئ الدين على التركة بعد القسمة أو طرأ الوصية أو طرأ وارث فان أصحاب مالك اختلفوا في ذلك فاما ان طرأ الدين قيل في المشهور في المنهوب وهو قول ابن القاسم ان القسمة تنتقض الآن يتفق الورثة على أن يعطوا الدين من عندهم وسواء كانت حظوظهم باقية بأيديهم أو لم تكن هلكت بأمر من السماء أو لم تهلك وقد قيل أيضا ان القسمة انما تنتقض بيد من بقي في يده حظه ولم تهلك بأمر من السماء وأما من هلك حظه بأمر من السماء فلا يرجع عليه بشيء من الدين ولا يرجع هو على الورثة بما بقي بأيديهم بعد أداء الدين وقيل بل تنتقض القسمة ولا بد خلق الله تعالى لقوله تعالى (من بعد وصية يوصي بها أو دين) وقيل بل تنتقض الا في حق من أعطى منه ما يوجب من الدين وهكذا الحكم في طرق الوصية له على الورثة وأما طرق الوارث على الشركة بعد القسمة وقيل أن بقوت حظ كل واحد منهم فلا تنتقض القسمة وأخضع كل واحد حظه ان كان ذلك مكيبلا أو موزونا وان كان حيوانا أو عروضا انتقضت القسمة وهل يضمن كل واحد منهم ما تلف في يده بغير سبب منه فقيل يضمن وقيل لا يضمن

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما ﴾

﴿ كتاب الرهن ﴾

والاصل في هذا الكتاب قوله تعالى (ولم تجدوا كتابا فها ان مقبوضة) والنظر في هذا الكتاب في الاركان وفي الشروط وفي الاحكام والاركان هي النظر في الراهن والمرهون والمرتهن والشيء الذي فيه الرهن وصفة عقد الرهن (الركن الاول) فاما الراهن فلا خلاف ان من صفته أن يكون غير محجور عليه من أهل السداد والوصى برهن لمن يلى النظر عليه اذا كان ذلك سدادا ودعت اليه الضرورة عند مالك وقال الشافعي برهن لمصلحة ظاهرة وبرهن المكاتب والمأذون عند مالك قال سحنون فان ارتهن في مال سلفه لم يجز وبه قال الشافعي واتفق مالك والشافعي على أن المفلس لا يجوز رهنه

وقال أبو حنيفة يجوز واختلاف قول مالك في الذي أحاط الدين بماله هل يجوز رهنه أعنى هل يلزم أم لا يلزم فالشهور عنه أنه يجوز أعنى قبل أن يقلس واختلاف أبي الهل المغلس محجور عليه أم لا وكل من صح أن يكون رهنه ناصح أن يكون مرتهنا (الركن الثاني) وهو الرهن وقالت الشافعية يصح بثلاثة شروط الأول أن يكون عيناً فإنه لا يجوز أن يرهن الدين الثاني أن لا يمتنع إثبات يد الرهن المرتهن عليه كالمصحف ومالك يجيز رهن المصحف ولا يقرأ فيه المرتهن واختلاف مبنى على البيع الثالث أن تكون العين قابلة للبيع عند حلول الاجل ويجوز عند مالك أن يرهن ما لا يحل بيعه في وقت الارتهان كالزعر والتمر لم يبد صلاحه ولا يباع عنده في أداء الدين إلا إذا بد صلاحه وإن حل أجل الدين وعن الشافعي قولان في رهن الثمر الذي لم يبد صلاحه ويباع عنده عند حلول الدين على شرط القطع قال أبو حامد والاصح جوازه ويجوز عند مالك رهن مالم يتعين كالدنانير والدراهم إذا طبع عليها وليس من شرط الرهن أن يكون ملكاً للرهن لا عند مالك ولا عند الشافعي بل قد يجوز عندهما أن يكون مستعاراً واتفقوا على أن من شرطه أن يكون إقراره في يد المرتهن من قبل الرهن واختلفوا إذا كان قبض المرتهن له بنصب ثم قرره المغضوب منه في يده رهنه فقال مالك يصح أن ينقل الشيء المغضوب من ضمان الغصب إلى ضمان الرهن فيجعل المغضوب منه الشيء المغضوب رهنه في يد الغاصب قبل قبضه منه وقال الشافعي لا يجوز بل يسقط على ضمان الغصب الآن قبضه واختلفوا في رهن المشاع فنهى أبو حنيفة وأجازاه مالك والشافعي والسبب في اختلاف هل تمكن حيازة المشاع أم لا تمكن (الركن الثالث) وهو الشيء المرهون فيه وأصل مذهب مالك في هذا أنه يجوز أن يؤخذ الرهن في جميع الأمان الواقعة في جميع البيوعات إلا الصرف ورأس المال في السلم المتعلق بالثمة وذلك لأن الصرف من شرطه التقاوض فلا يجوز فيه عقدة الرهن وكذلك رأس مال السلم وإن كان عنده دون الصرف في هذا المعنى وقال قوم من أهل الظاهر لا يجوز أخذ الرهن إلا في السلم خاصة أعنى في السلم فيه وهو لا ذهبوا إلى ذلك لكون أنة الرهن واردة في الدين في المبيعات وهو السلم عندهم فكأنهم جعلوا هذا شرطاً من شروط صحة الرهن لأنه قال في أول الآية (يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه) ثم قال (وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كتاباً فلهان مقبوضة) فعلى مذهب مالك يجوز أخذ الرهن في السلم وفي القرض وفي الغصب وفي قيم المتلفات وفي أروش الجنائيات في الأموال وفي جراح العمد الذي لا قود فيه كالمومة والجائفة وأما قتل العمد والجراح التي يقاد منها فيخرج في جواز أخذ الرهن في الدية فيها إذا عفا الولي قولان أحدهما إن ذلك يجوز وذلك على القول بأن الولي مخير في العمد بين الدية والقود والقول الثاني إن ذلك لا يجوز وذلك أيضاً مبنى على أن ليس للولي إلا القود فقط إذا أذى الجاني من إعطاء الدية ويجوز في قتل الخطأ أخذ الرهن ممن يتعين من العقالة وذلك بعد الحول ويجوز في العارية التي تضمن ولا يجوز فيما لا تضمن ويجوز أخذه في الأجازات ويجوز في الجعل بعد العمل ولا يجوز قبله ويجوز الرهن في المهر ولا يجوز في الحيدود ولا في القصاص ولا في الكتابة وبالجملة فيما لا تصح فيه الكفالة وقالت الشافعية المرهون فيه له شرائط ثلاث أحدها أن يكون ديناً فإنه لا يرهن في عين والثاني أن يكون واجباً فإنه لا يرهن قبل الوجوب مثل أن يسترهنه بما يستقرضه ويجوز ذلك عند مالك والثالث أن

لا يكون لازمه متوقفاً أن يجب وأن لا يجب كالرهن في الكتابة وهذا المذهب قريب من مذهب مالك
 ﴿ القول في الشروط ﴾

وأما شروط الرهن فالشروط المنطوق بها في الشرع ضربان شروط صحة وشروط فساد فأما شروط
 الصحة المنطوق بها في الرهن أعني في كونه رهنًا فشرطان أحدهما متفق عليه بالجملة ومختلف في الجهة
 التي هو بها شرط وهو القبض والثاني مختلف في اشتراطه فأما القبض فاتفقوا بالجملة على أنه شرط
 في الرهن لقوله تعالى (فرهان مقبوضة) واختلفوا هل هو شرط تمام أو شرط صحة وقاعدة الفرق
 أن من قال شرط صحة قال ما لم يقع القبض يلزم الرهن الراهن ومن قال شرط تمام قال يلزم بالقبض ويجبر
 الراهن على الاقباض إلا أن يترأخى المرتهن عن المطالبة حتى يفلس الراهن أو يمرض أو يموت فذهب
 مالك إلى أنه من شروط التمام وذهب أبو حنيفة والشافعي وأهل الظاهر إلى أنه من شروط الصحة وعمدة
 مالك قياس الرهن على سائر العقود اللازمة بالقول وعمدة الغير قوله تعالى (فرهان مقبوضة)
 وقال بعض أهل الظاهر لا يجوز الرهن إلا أن لا يكون هنالك كاتب لقوله تعالى (ولم تجدوا كاتباً فرهان
 مقبوضة) ولا يجوز أهل الظاهر أن يوضع الرهن على يدى عدل وعندما مالك أن من شرط صحة الرهن
 استدامة القبض وأنه متى عاد إلى يد الراهن باذن المرتهن بعارية أو ودیعة أو غير ذلك فقد خرج من اللزوم
 وقال الشافعي ليس استدامة القبض من شرط الصحة فمالك هم الشرط على ظاهره فألزم من قوله تعالى
 (فرهان مقبوضة) وجود القبض واستدامته والشافعي يقول إذا وجد القبض فقد صح الرهن والعقد
 فلا يحل ذلك إعارته ولا غير ذلك من التصرف فيه كالحال في البيع وقد كان الأولى بمن يشترط القبض
 في صحة العقد أن يشترط الاستدامة ومن لم يشترطه في الصحة أن لا يشترط الاستدامة واتفقوا على جوازه
 في السفر واختلفوا في الحضر فذهب الجمهور إلى جوازه وقال أهل الظاهر ومجاهد لا يجوز في الحضر لظاهر
 قوله تعالى (وان كنتم على سفر) الآية وتمسك الجمهور بما ورد من أنه صلى الله عليه وسلم رهن
 في الحضر والقول في استنباط منع الرهن في الحضر من الآية هو من باب دليل الخطأ وأما الشرط المحرم
 الممنوع بالنص فهو أن يرهن الرجل رهنًا على أنه إن جاء بحقه عند أجله والا فالرهن له فاتفقوا على أن
 هذا الشرط يوجب الفسخ وأنه معنى قوله عليه السلام لا يغلط الرهن

﴿ القول في الجزء الثالث من هذا الكتاب وهو القول في الأحكام ﴾

وهذا الجزء ينقسم إلى معرفة مال الراهن من الحقوق في الرهن وما عليه وإلى معرفة مال المرتهن في الرهن
 وما عليه وإلى معرفة اختلافهما في ذلك وذلك أمامن نفس العقد وأما الأمور طارئة على الرهن ونحن
 نذكر من ذلك ما اشتهر الخلاف فيه بين فقهاء الأمصار والاتفاق أما حق المرتهن في الرهن فهو أن يسكه
 حتى يؤدي الراهن ما عليه فإن لم يأت به عند الأجل كان له أن يرفعه إلى السلطان فيبيع عليه الرهن
 وينصفه منه إن لم يجبه الراهن إلى البيع وكذلك إن كان غائبًا وإن وكل الراهن المرتهن على بيع الرهن
 عند حلول الأجل جاز وكرهه مالك الآن يرفع الأمر إلى السلطان والرهن عند الجمهور يتعلق بجملة الحق
 بغيره وفيه ويبيعه أعني أنه إذا رهنه في عدل فأي منه بعضه فإن الرهن بأسره يبقى بعد يد المرتهن
 حتى يستوفى حقه وقال قوم بل يبقى من الرهن بيد المرتهن بقدر ما يبقى من الحق ووجه الجمهور أنه محبوس

بحق فوجب أن يكون محبوسا بكل جزء منه أصله حبس التركة على الورثة حتى يؤدوا الدين الذي على الميت وحجة الفريق الثاني أن جميعه محبوس بجميعه فوجب أن يكون إبعاضه محبوسا بإبعاضه أصله الكفالة (ومن مسائل هذا الباب المشهورة) اختلافهم في نماء الرهن المنفصل مثل الثمرة في الشجر المرهون ومثل الفسلة ومثل الولد هل يدخل في الرهن أم لا فذهب قوم إلى أن نماء الرهن المنفصل لا يدخل شيء منه في الرهن أعني الذي يحدث منه في يد المرتهن وعن قال بهذا القول الشافعي وذهب آخرون إلى أن جميع ذلك يدخل في الرهن وعن قال بهذا القول أبو حنيفة والثوري وفرق مالك فقال ما كان من نماء الرهن المنفصل على خلقته وصورته فإنه داخل في الرهن كولد الجارية مع الجارية وأما ما لم يكن على خلقته فإنه لا يدخل في الرهن كان متولدا عنه كثمر النخل أو غير متولد ككراة الدار وخراج الغلام وعمدة من رأى أن نماء الرهن وغلته للرهن قوله عليه الصلاة والسلام الرهن محلوب ومركوب قالوا ووجه الدليل من ذلك أنه لم يرد بقوله مركوب ومحلوب أي يركبه الرهن ويحلبه لأنه كان يكون غير مقبوض وذلك منافض لكونه رهنا فإن الرهن من شرطه القبض قالوا ولا يصح أيضا أن يكون معناه أن المرتهن يحلبه ويركبه فلم يبق إلا أن يكون المعنى في ذلك أن أجرة ظهر له به ونفقت عليه واستدلوا أيضا بموجوب قوله عليه الصلاة والسلام الرهن ممن رهنته غفقه وعليه غرمه قالوا لأنه نماء زائد على ما رضيع رهنا فوجب أن لا يكون له الإشرط زائد وعمدة أبي حنيفة أن الفروع تابعة للأصول فوجب لها حكم الأصل ولذلك حكم الولد تابع لحكم أمه في التدبير والكتابة وأما مالك فاحتج بأن الولد حكمه حكم أمه في البيع أي هو تابع لها وفرق بين الثمر والولد في ذلك بالسنة المرفقة في ذلك وذلك أن الثمر لا يتبع بيع الأصل إلا بالشرط وولد الجارية يتبع بغير شرط والجهور على أن ليس للمرتهن أن يتنفع بشيء من الرهن وقال قوم إذا كان الرهن حيوانا فلم يرتهن أن يحلبه ويركبه بقدر ما يعلفه وينفق عليه وهو قول أحمد وأسحق واحتجوا بما رواه أبو هريرة عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال الرهن محلوب ومركوب ومن هذا الباب اختلافهم في الرهن يهلك عند المرتهن ممن ضمانه فقال قوم الرهن أمانة وهو من الرهن والقول قول المرتهن مع يمينه أنه ما فرط فيه وما جنى عليه وعن قال بهذا القول الشافعي وأحمد وأبو ثور وجهور أهل الحديث وقال قوم الرهن من المرتهن ومصيبته منه وعن قال بهذا القول أبو حنيفة وجهور الكوفيين والذين قالوا بالضمان انقسموا قسمين فمنهم من رأى أن الرهن مضمون بالأقل من قيمته وأوقية الدين وبه قال أبو حنيفة وسفيان وجاعة ومنهم من قال هو مضمون ببعثته قلت أو كثرت وأنه أن فضل للرهن شيء فوق دينه أخذه من المرتهن وبه قال علي بن أبي طالب وعطاء وأسحق وفرق قوم بين ما لا يغاب عليه مثل الحيوان والعقار بما لا يخفى هلاكه وبين ما يغاب عليه من العروض فقالوا هو ضامن فيما يغاب عليه ومؤتمن فيما لا يغاب عليه وعن قال بهذا القول مالك والأوزاعي وعثمان البتي الآن مالكا يقول إذا شهد الشهود بهلاك ما يغاب عليه من غير تصديق ولا تفریط فإنه لا يضمن وقال الأوزاعي وعثمان البتي بل يضمن على كل حال قامت يمينته أو لم تقوم بقول مالك قال ابن القاسم وبقول عثمان والأوزاعي قال أشهب وعمدة من جعلوا أمانة غير مضمون حديث سعيد بن المسيب عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يغل الرهن وهو ممن رهنته غفقه وعليه غرمه أي غلته

وخراجه وعليه افتكاكه ومصيبته منه قالوا وقضى الرهن أماته فأشبه المودع عنده وقال المزني
 من أصحاب الشافعي محتجالة فدل مالك ومن تابعه ان الحيوان وما ظهر هلاكه أمانة فوجب أن يكون
 كله كذلك وقد قال أبو حنيفة ان ما زاد من قيمة الرهن على قيمة الدين فهو أمانة فوجب أن يكون كله
 أمانة ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام عند مالك ومن قال بقوله وعليه غرمه أى نفقته قالوا ذلك معنى
 قوله عليه الصلاة والسلام الرهن مركوب ومحلوب أى أجرة ظهره لربه ونفقته عليه وأما أبو حنيفة
 وأصحابه فتأولوا قوله عليه الصلاة والسلام له غنمه وعليه غرمه ان غنمه ما فضل منه على الدين وغرمه
 ما نقص من عمده من رأى انه مضمون من المرتهن انه عين تعلق بها حق الاستيفاء ابتداء فوجب أن يسقط
 بتلفه أصله تلف المبيع عند البائع اذا أسسكه حتى يستوفي الثمن وهذا متفق عليه من الجمهور وان كان عند
 مالك كالرهن وربما احتجوا بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أن رجلا رهن فرسا من رجل فنفق
 في يده فقال عليه الصلاة والسلام للرهن ذهب حقتك وأما تريق مالك بين ما يغاب عليه وبين ما لا يغاب
 عليه فهو استحسان ومعنى ذلك أن التهمة تلحق فيما يغاب عليه ولا تلحق فيما لا يغاب عليه وقد اختلفوا
 في معنى الاستحسان الذي يذهب اليه مالك كثيرا فضغفه قوم وقالوا انه مثل استحسان أبي حنيفة
 وحسن الاستحسان بأنه قول بغير دليل ومعنى الاستحسان عند مالك هو جوع بين الأدلة المتعارضة
 وإذا كان ذلك كذلك فليس هو قول بغير دليل والجمهور على أنه لا يجوز للرهن بيع الرهن ولا هبته
 وأنه ان باعه فللمرتهن الاجازة أو الفسخ قال مالك وان زعم أن اجازته ليتجهل حقه حلف على ذلك
 وكان له وقال قوم يجوز بيعه وإذا كان الرهن غلاما وأمة فأعتقها الرهن فعند مالك انه ان كان الرهن
 موسرا جازعتقه ومجمل للمرتهن حقه وان كان معسرا يبعث وقضى الحق من ثمنها وعند الشافعي ثلاثة أقوال
 الرد والاجازة والثالث مثل قول مالك وأما اختلاف الراهن والمرتهن في قدر الحق الذي به وجب الرهن
 فان الفقهاء اختلفوا في ذلك فقال مالك القول قول المرتهن فيما ذكره من قدر الحق ما لم تكن قيمة الرهن
 أقل من ذلك فإذا زاد على قيمة الرهن فالقول قول الراهن وقال الشافعي وأبو حنيفة والثوري والجمهور
 فقهاء الأمصار القول في قدر الحق قول الراهن وعمدة الجمهور أن الراهن مدعى عليه والمرتهن مدعى فوجب
 أن تكون العين على الراهن على ظاهر السنة المشهورة وعمدة مالك ههنا ان المرتهن وان كان مدعى
 فله ههنا شبهة بنقل العين الى حيزه وهو كون الرهن شاهدا له ومن أصوله أن يحلف أقوى المتداعيين شبهة
 وهذا لا يلزم عند الجمهور لأنه قد يرهن الراهن الشيء وقبضه أكثر من المرهون فيه وأما اذا تلف الرهن
 واختلفوا في صفته فالقول ههنا عند مالك قول المرتهن لأنه مدعى عليه وهو مقر ببعض ما دعى عليه
 وهذا على أصوله فان المرتهن أيضا هو الضامن فيما يغاب عليه وأما على أصول الشافعي فلا يتصور على
 المرتهن بين الآن بناكره الراهن في تلافه وأما عند أبي حنيفة فالقول قول المرتهن في قيمة الرهن وليس
 يحتاج الى صفة لأن عند مالك يحلف على الصفة وتقوم تلك الصفة وإذا اختلفوا في الأمرين جميعا أعنى
 في صفة الرهن وفي مقدار الرهن كان القول قول المرتهن في صفة الرهن وفي الحق ما كانت قيمته الصفة
 التي حلف عليها شاهدة له وفيه ضعف وهل يشهد الحق لقيمة الرهن اذا اتفق في الحق واختلفا في قيمة الرهن
 في المنهب فيه قولان والاقيس الشهادة لانه اذا شهد الرهن للدين شهد الدين للرهن وفروع هذا

الباب كثيرة وفيما ذكرناه كفاية في غرضنا

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما ﴾

﴿ كتاب الحجر ﴾

والنظر في هذا الباب في ثلاثة أبواب الباب الأول في أصناف المحجورين الثاني متى يخرجون من الحجر ومتى يحجر عليهم وبأى شروط يخرجون الثالث في معرفة أحكام أفعالهم في الرد والاجازة

﴿ الباب الأول ﴾

أجمع العلماء على وجوب الحجر على الأيتام الذين لم يبلغوا الحلم لقوله تعالى (وابتأوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح) الآية واختلفوا في الحجر على العقلاء الكبار إذا ظهر منهم تبذير لاموالهم فذهب مالك والشافعي وأهل المدينة وكثير من أهل العراق إلى جواز ابتداء الحجر عليهم بحكم الحاكم وذلك إذا ثبت عنده سفههم وأعسر اليهم فلم يكن عندهم مدفع وهو رأى ابن عباس وابن الزبير وذهب أبو حنيفة وجاعة من أهل العراق إلى أنه لا يبدأ الحجر على الكبار وهو قول إبراهيم وابن سيرين وهو لا انقسموا قسمين فمنهم من قال الحجر لا يجوز عليهم بعد البلوغ بحال وإن ظهر منهم التبذير ومنهم من قال إن استصحبوا التبذير من الصغر يسقر الحجر عليهم وإن ظهر منهم رشد بعد البلوغ ثم ظهر منهم سفه فهو لا يبدأ بالحجر عليهم وأبو حنيفة يحد في ارتفاع الحجر وإن ظهر سفه خمسة وعشرين عاما وعمدة من أوجب الحجر على الكبار ابتداء الحجر على الصغار إنما وجب لعنى التبذير الذي يوجد فيهم غالبا فوجب أن يحجر الحجر على من وجد فيه هذا المعنى وإن لم يكن صغيرا قالوا ولذلك اشترط في رفع الحجر عنهم مع ارتفاع الصغر إيناس الرشد قال الله تعالى (فإن أنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم) فدل هذا على أن السبب المقتضى للحجر هو السفه وعمدة الحنفية حديث حبان بن منقذ ذكر فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه يتخذه في البيوع فجعل لرسول الله صلى الله عليه وسلم اختيار ثلاثا ولم يحجر عليه وربما قالوا الصغر هو المؤثر في منع التصرف بالمال بدليل تأثيره في إسقاط التكليف وإنما اعتبر الصغر لأنه الذي يوجد فيه السفه غالبا كما يوجد فيه نقص العقل غالبا ولذلك جعل البلوغ علامة وجوب التكليف وعلامة الرشد إذا كانا يوجدان فيهما غالبا أعنى العقل والرشد وكلام يعتبر النادر في التكليف أعنى أن يكون قبل البلوغ عاقلا فيكلف كذلك يعتبر النادر في السفه وهو أن يكون بعد البلوغ سفها فيحجر عليه كالمعتبر كونه قبل البلوغ رشيدا قالوا وقوله تعالى (ولا تؤنوا السفهاء أموالكم) الآية ليس فيها أكثر من منعهم من أموالهم وذلك لا يوجب فسخ بيوعهم وإبطالها والمحجورون عند مالك ستة الصغير والسفيه والعبد والمفلس والمريض والزوجة وسياق في ذكر كل واحد منهم في باب

﴿ الباب الثاني ﴾

والنظر في هذا الباب في موضعين في وقت خروج الصغار من الحجر وقت خروج السفهاء فتقول إن الصغار بالجملة صنفان ذكرور وأنث وكل واحد من هؤلاء إما ذوق وإما مملوهم الذين يبلغون ولا وصي لهم ولأب فأما الذكور الصغار ذوو الآباء فتعقوا على أنهم لا يخرجون من الحجر إلا بالبلوغ سن التكليف وإيناس الرشد منهم وإن كانوا قد اختلفوا في الرشد ما هو وذلك لقوله تعالى (وابتأوا اليتامى

حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم) واختلفوا في الاناث فذهب الجمهور الى أن حكمهن في ذلك حكم الذكور أعنى بلوغ المحيض وإيناس الرشد وقال مالك هي في ولاية أبيها في المشهور عنه حتى تزوج ويدخل بهازوجها ويؤنس رشدها وروى عنه مثل قول الجمهور ولاصحاب مالك في هذا أقوال غير هذه قيل انها في ولاية أبيها حتى تمر بهاسنة بعد دخول زوجها بها وقيل حتى يمر بها عامان وقيل حتى تمر بهاسبعة أعوام وخجة مالك أن إيناس الرشد لا يتصور من المرأة الا بعد اختبار الرجال وأما أقاويل أصحابه فضعيفة مخالفة للنص والقياس أما مخالفتها للنص فانهم لم يشترطوا الرشد وأما مخالفتها للقياس فلان الرشد يمكن تصويره منها قبل هذه المدة المحددة وإذا قلنا على قول مالك لا على قول الجمهور ان الاعتبار في الذكور ذوى الآباء البلوغ وإيناس الرشد فاختلف قول مالك اذا بلغ ولم يعلم سفهه من رشده وكان مجهول الحال فقيل عنه انه محمول على السفه حتى يتبين رشده وهو المشهور وقيل عنه انه محمول على الرشد حتى يتبين سفهه فأما ذوالاوصياء فلا يخرجون من الولاية في المشهور عن مالك الا باطلاق وصيه له من الجبر أى يقول فيه انه رشيد ان كان مقدما من قبل الاب بخلاف أو باذن القاضي مع الوصى ان كان مقدما من غير الاب على اختلاف في ذلك وقد قيل في وصى الأب أنه لا يقبل قوله في أنه رشيد الاحتى يعلم رشده وقد قيل ان حاله مع الوصى كحال مع الأب يخرج من الجبر اذا آنس منه الرشد وان لم يخرج وصيه بالشهاد وان المجهول الحال في هذا حكمه حكم المجهول الحال ذى الاب وأما ابن القاسم فذهب ان الولاية غير معتبر بثبوتها اذا علم الرشد ولا سقوطها اذا علم السفه وهي رواية عن مالك وذلك من قوله في اليتيم لا في البكر والفرق بين المذهبين أن من يعتبر الولاية يقول أفعاله كلها مردودة وان ظهر رشده حتى يخرج من الولاية وهو قول ضعيف فان المؤثر هو الرشد لا حكم الحاكم وأما اختلافهم في الرشد ما هو فان مالكا يرى أن الرشد هو تمييز المال واصلاحه فقط والشافعى يشترط مع هذا صلاح الدين وسبب اختلافهم هل ينطلق اسم الرشد على غير صالح الدين وحال البكر مع الوصى كحال الذكور لا يخرج من الولاية الا بالاخراج مالم تنعس على اختلاف في ذلك وقيل حاله مع الوصى كحال مع الاب وهو قول ابن الماجشون ولم يختلف قولهم انه لا يعتبر فيها الرشد كاختلافهم في اليتيم وأما المهمل من الذكور فان المشهور ان أفعاله جائزة اذا بلغ الحلم كان سفيا متصل السفه أو غير متصل السفه مملناه أو غير معلن وأما ابن القاسم فيعتبر تنعس فعله اذا وقع فان كان رشدا جازا والارده فأما البتة التي لأبها ولاوصى فان فيها في المذهب قولين أحدهما أن أفعالها جائزة اذا بلغت المحيض والثاني أن أفعالها مردودة مالم تنعس وهو المشهور

باب الثالث

والنظر في هذا الباب في شيئين أحدهما ما يجوز لصنف من المحجورين من الأفعال وإذا فعلوا فكيف حكم أفعالهم في الرد والاجازة وكذلك أفعال المهملين وهم الذين بلغوا الحلم من غير أب ولاوصى وهو لا يكفلنا اباصغار واما كبار متصلا بالجبر من الصغر واما مبتدأ حجرهم فأما الصغار الذين لم يبلغوا الحلم من الرجال ولا المحيض من النساء فلا خلاف في المنهبة في أنه لا يجوز له في ماله معروف من هبة ولا صدقة ولا عطية ولا عتق وان أذن له الاب في ذلك أو الوصى فان أخرج من يده شيئا بغير عوض كان موقوفا على نظر وليه ان كان له ولي فان رآه رشدا أجاز موالا بطله وان لم يكن له ولي قدم له ولي ينظر في ذلك

وان عمل في ذلك حتى يلي أمره كان النظر اليه في الاجازة أو الوارد واختلف اذا كان فعليه سد ادا ونظر افما كان يلزم الولي أن يفعله هل له أن ينقضه اذا أكل الامر الى خلاف بحواله الاسواق أو نغما فيما باعه أو نقصان فيما ابتاعه فالمشهور ان ذلك كله وقيل ان ذلك ليس له ويلزم الصغير ما أفسد في ماله ما علم يؤمن عليه واختلف فيما أفسد وكسر مما يؤمن عليه ولا يلزمه بعد بلوغه ورشده عتق ما حلف بحره في صغره وحنث به في صغره واختلف فيما حنث فيه في كبره وحلف به في صغره فالمشهور أنه لا يلزمه وقال ابن كاتبة يلزمه ولا يلزمه فيما ادعى عليه بين واختلف اذا كان له شاهد واحد هل يحلف معه فالمشهور أنه لا يحلف وروى عن مالك والليث أنه يحلف وحال البكر ذات الاب والوصى كانه كماله تعنس على منعه من يعتبر تنعيسها فأما السفيه البالغ فجمهور العلماء على أن المحجور اذا طلق زوجته وأخاله ما مضى طلاقه وخاله الابن أبي ليلى وأبا يوسف وأخا له ابن أبي ليلى في العتق فقال انه ينفذ وقال الجمهور انه لا ينفذ وأما وصيته فلا أعلم خلافا في نفوذها ولا تازمه هبة ولا صدقة ولا عطية ولا عتق ولا شئ من المعروف الآن يعتق أم ولده فيلزمه عتقها وهذا كله في المذهب وهل يتبعها ما لها فيه خلاف قيل يتبع وقيل لا يتبع وقيل بالفرق بين القليل والكثير وأما ما يفعله بعوض فهو أيضا موقوف على نظرويه ان كان له ولي فإن لم يكن له ولي قسم له ولي فإن رديعه الولي وكان قد ألقى النعم لم يتبع من ذلك بشئ وكذلك ان ألقى عين المبيع * وأما أحكام أفعال المحجورين أو الممهلين على مذهب مالك فأنها تنقسم الى أربعة أحوال فمنهم من تكون أفعاله كلها مردودة وان كان فيها ما هو رشده ومنهم ضدها وهو أن تكون أفعاله كلها مجعولة على الرشده وان ظهر فيها ما هو سفيه ومنهم من تكون أفعاله كلها مجعولة على السفيه مالم يتبين رشده وعكس هذا أيضا وهو أن تكون أفعاله كلها مجعولة على الرشده حتى يتبين سفيهه فأما الذي يحكم له بالسفيه وان ظهر رشده فهو الصغير الذي لم يباغ والبكر ذات الاب والوصى مالم تعنس على منعه من يعتبر التنعيس واختلف في حده اختلافا كثيرا من دون الثلاثين الى الستين والذي يحكم له بحكم الرشده وان علم سفيهه فهذا السفيه اذا لم تثبت عليه ولاية من قبل أبيه ولا من قبل السلطان على مشهور مذهب مالك خلافا لابن القاسم الذي يعتبر نفس الرشده لنفس الولاية والبكر النتيجة للمهلة على منعه من سجنون وأما الذي يحكم عليه بحكم السفيه مالم يظهر رشده فالابن بعد بلوغه في حياة أبيه على المشهور في المذهب وحال البكر ذات الاب التي لاصى لها اذا تزوجت ودخل بهازوجها مالم يظهر رشدها ومالم تبلغ الحد المعتبر في ذلك من السنين عند من يعتبر ذلك وكذلك النتيجة التي لا وصى لها على منعه من يرى ان أفعاله مردودة وأما الحال التي يحكم فيها بحكم الرشده حتى يتبين السفيه فهذا حال البكر المعنوس عند من يعتبر التنعيس أو التي دخل بهازوجها ومضى لدخوله الحد المعتبر من السنين عند من يعتبر الحد وكذلك حال الابن ذي الاب اذا بلغ وجهته حاله على إحدى الروايتين والابنة البكر بعد بلوغها على الرواية التي لا يعتبر فيها دخولها مع زوجها فهذه هي جمل ما في هذا الكتاب والفروع كثيرة

بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما *

* كتاب التفليس *

والنظر في هذا الكتاب فيما هو الفلاس وفي أحكام المفلس (فنقول) ان الافلاس في الشرع يطلق على

معنيين أحدهما أن يستغرق الدين مال المدين فلا يكون في ماله وقاء بديونه والثاني أن لا يكون له مال معلوم أصلا وفي كلا الفيلسفين قد اختلف العلماء في أحكامهما فأما الحالة الاولى وهي اذا ظهر عند الحاكم من فلسه ماذكرا فاختلف العلماء في ذلك هل للحاكم أن يحجر عليه التصرف في ماله حتى يبيع عليه ويقسمه على الغرماء على نسبة ديونهم أم ليس له ذلك بل يحبس حتى يدفع اليهم جميع ماله على أي نسبة اتفقت أولن اتفق منهم وهذا الخلاف بعينه يتصور فيمن كان له مال يفي بدينه فأبى أن ينصف غرماءه هل يبيع عليه الحاكم فيقسمه عليهم أم يحبس حتى يعطيهم بيده ماعليه فالجمهور يقولون يبيع الحاكم ماله عليه فينصف منه غرماءه أو غريمه ان كان مليئا ويحكم عليه بالافلاس ان لم يفي ماله بديونه ويحجر عليه التصرف فيه وبه قال مالك والشافعي والقول الآخر قال أبو حنيفة وجاعة من أهل العراق وجمحة مالك والشافعي حديث معاذ بن جبل أنه كثر دينه في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يزد غرماءه على ان جعله لهم من ماله وحديث أبي سعيد الخدري ان رجلا أصيب على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في ثمر ابتاعها فكثرت دينه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تصدقوا عليه فتصدق الناس عليه فلم يبلغ ذلك وقاء بدينه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم خلوا ما وجدتم وليس لكم الا ذلك وحديث عمر في القضاء على الرجل المفلس في حبسه وقوله فيه أما بعد أيها الناس فان الاسيفع أسيفع جهينة رضى من دينه وأماته بأن يقال سبق الحاج وانما اذ ان معرضا فأصبح قدرين عليه فن كان له عليدين فليأثنا وأيضا من طريق المعنى فانه اذا كان المريض محجورا عليه لمكان ورثته فأحرى أن يكون المدين محجورا عليه لمكان الغرماء وهذا القول هو الاظهر لانه اعدل والله أعلم وأما حجج الفريق الثاني الذين قالوا بالحبس حتى يعطى ماعليه أو يموت محبوسا فيبيع القاضي حينئذ عليه ماله ويقسمه على الغرماء فمنها حديث جابر بن عبد الله حين استشهد أبو به وعليه دين فلما طلبه الغرماء قال جابر فأثيت النبي صلى الله عليه وسلم فكلمته فسألهم ان يقبلوا منى حاطي ويحلوا أبي فأبوا فلم يعطهم رسول الله صلى الله عليه وسلم حاطي قال ولكن سأغد عليك قال فغدا علينا حين أصبح فطاف بالنخل فدعا في ثمرها بالبركة قال فبذتها فقضيت منها حقوقهم وبقى من ثمرها بقية وباروى أيضا انه مات أسيد بن الحضير وعليه عشرة آلاف درهم فدعا عمر بن الخطاب غرماءه فقبلهم أرضه أربع سنين بالمحلم عليه قالوا فهدد الأثار كلها ليس فيها انه يبيع فيها أصل في دين قالوا ويدل على حبسه قوله صلى الله عليه وسلم لى الواجد يحل عرضه وعقوبته قالوا والعقوبة هي حبسه ورماسهبوا استحقاق أصول العقار عليه باستحقاق اجازته واذا قلنا ان المفلس محجور عليه فالنظر فيما اذا يحجر عليه وبأي ديون تكون الخاصة في ماله وفي أي شيء من ماله تكون الخاصة وكيف تكون فاما المفلس فله حالان حال في وقت الفلاس قبل الحجر عليه وحال بعد الحجر فاما قبل الحجر فلا يجوز له اتلاف شيء من ماله عند مالك بغير عوض اذا كان مما لا يلزمه ومما لا يجزى العادة بفعله وانما اشترط اذا كان مما لا يلزمه لان له أن يفعل ما يلزمه بالشرع وان لم يكن بعوض كنفقته على الآباء المعسرين أو الالبناء وانما قيل بمالم تجزى العادة بفعله لان له اتلاف اليسير من ماله بغير عوض كالانحية والنفقة في العيد والصدقة اليسيرة وكذلك تراعى العادة في اتلافه في عوض كالزواج والنفقة على الزوجة ويجوز بيعه وابتاعه مالم تكن فيه محابة

وكذلك يجوز اقراره بالدين لمن لا يهتم عليه واختلف قول مالك في قضاء بعض غرمائه دون بعض وفي رهنه وأما جمهور من قال بالجبر على المفلس فقالوا هو قبل الحكم كسائر الناس وانما ذهب الجمهور لهذا لان الاصل هو جواز الافعال حتى يقع الجبر ومالك كانه اعتبر المعنى نفسه وهو احاطة الدين بماله لكن لم يعتبره في كل حال لانه يجوز بيعه وشراؤه اذا لم يكن فيه محاباة ولا يجوز له للحجور عليه وأما حاله بعد التفليس فلا يجوز له فيها عند مالك بيع ولا شراء ولا أخذ ولا إعطاء ولا يجوز اقراره بدين في ذمته لقريب ولا بعيد قيل الا أن يكون لواحد منهم دينه وقيل يجوز لمن يعلم منه اليه تقاض واختلف في اقراره بمال معين مثل القراض والوديعة على ثلاثة أقوال في المذهب بالجواز والمنع والثالث بالفرق بين أن يكون على أصل القراض أو الوديعة ديناً ولا تكون فقيل ان كانت صدق وان لم تكن لم يصدق واختلفوا من هذا الباب في ديون المفلس المؤجلة هل تحل بالتفليس أم لا فذهب مالك الى أن التفليس في ذلك كال موت وذهب غيره الى خلاف ذلك وجهور العلماء على ان الديون تحل بالموت قال ابن شهاب مضت السنة بان دينه قد حل حين مات وحجتهم ان الله تبارك وتعالى لم يبيع التوارث الا بعد قضاء الدين فالورثة في ذلك بين أحد أمرين اما أن لا يريدوا ان يؤخروا حقوقهم في الموارث الى محل أجل الدين فيلزم ان يجعل الدين حالا واما ان يرضوا ابتداء خبر ميراثهم حتى تحل الديون فتكون الديون حينئذ مضمونة في التركة خاصة لافي ذمتهم بخلاف ما كان عليه الدين قبل الموت لانه كان في ذمة الميت وذلك يحسن في حق ذي الدين ولذلك رأى بعضهم انه ان رضى الغرماء بتحمله في ذمتهم أبقى الدين الى أجليها ومن قال بهذا القول ابن سيرين واختاره أبو عبيد من فقهاء الامصار لكن لا يشبه المفلس في هذا المعنى الموت كل الشبه وان كانت كلا النمتين قد خربت فان ذمة المفلس يرجع للملاط بخلاف ذمة الميت وأما النظر فيما يرجع به أصحاب الديون من مال المفلس فان ذلك يرجع الى الجنس والقدر اما ما كان قد ذهب عين العوض الذي استوجب من قبله الغريم على المفلس فان دينه في ذمة المفلس واما اذا كان عين العوض باقيا بعينه لم يفت الا انه لم يقبض ثمنه فاختلف في ذلك فقهاء الامصار على أربعة أقوال الاول ان صاحب السلعة أحق بها على كل حال الا ان يتركها ويختار المحاصة وبه قال الشافعي وأحمد أبو ثور والقول الثاني ينظر الى قيمة السلعة يوم الحكم بالتفليس فان كانت أقل من الثمن خبر صاحب السلعة بين ان يأخذها أو يحاص الغرماء وان كانت أكثر أو مساوية للثمن أخذها بعينها وبه قال مالك وأصحابه والقول الثالث تقوم السلعة يوم التفليس فان كانت قيمتها مساوية للثمن أو أقل منه قضى له بها أعنى البائع وان كانت أكثر دفع اليه مقدار ثمنه ويتحصون في الباقي وبهذا القول قال جماعة من أهل الاثر والقول الرابع انه اسوة الغرماء فيها على كل حال وهو قول أبي حنيفة وأهل الكوفة والاصل في هذه المسئلة ما ثبت من حديث أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أيما رجل أفلس فادرك الرجل ماله بعينه فهو أحق به من غيره وهذا الحديث خرج به مالك والبخاري ومسلم والفاظهم متقاربة وهذا اللفظ لما لك من هؤلاء من حله على عمومته وهو الفريق الاول ومنهم من خصه بالقياس وقالوا ان معقوله انما هو الرفق بصاحب السلعة لكون سلعته باقية وأكثر ما في ذلك ان يأخذ الثمن الذي باعها به فاما ان يعطى في هذه الحال الذي اشترك فيها مع الغرماء أكثر من ثمنها فذلك مخالف لاصول الشرع وبخاصة اذا كان للغرماء

أخذها بالثمن كما قال مالك وأما أهل الكوفة فردوا هذا الحديث بجملة مخالفته للأصول المتواترة على طريقتهم في رد خبر الواحد إذا خالف الأصول المتواترة لكون خبر الواحد مظلوما والأصول يقينية مقطوع بها كما قال عمر في حديث فاطمة بنت قيس ما كنا لندع كتاب الله وسنة نبينا لحديث امرأة ورووا عن علي أنه قضى بالسلعة للفلس وهو رأي ابن سيرين وإبراهيم من التابعين وربما احتجوا بأن حديث أبي هريرة مختلف فيه وذلك أن الزهري روى عن أبي بكر بن عبد الرحمن عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أيما رجل مات أو أفلس فوجد نبض غرمائه ماله بعينه فهو أسوة الغرماء وهذا الحديث أولى لأنه موافق للأصول الثابتة قالوا وللجمع بين الحديثين وجه وهو حل ذلك الحديث على الودیعة والعارية الأثر الجمهور دفعوا هذا التأويل بما ورد في لفظ حديث أبي هريرة في بعض الروايات من ذكر البيع وهذا كما عند الجميع بعد قبض المشتري السلعة فأما قبل القبض فالعلماء متفقون أهل الحجاز وأهل العراق أن صاحب السلعة أحق بها لانها في ضمانه واختلف القائلون بهذا الحديث إذا قبض البائع بعض الثمن فقال مالك إن شاء أن يرد ما قبض ويأخذ السلعة كلها وإن شاء حاص الغرماء فيما بقي من سلعته وقال الشافعي بل يأخذ ما بقي من سلعته بما بقي من الثمن وقالت جماعة من أهل العلم داود وإسحاق وأحمد إن قبض من الثمن شيئا فهو أسوة الغرماء ويجهنهم ما روى مالك عن ابن شهاب عن أبي بكر بن عبد الرحمن أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أيما رجل باع متاعا فأفلس الذي ابتاعه ولم يقبض الذي باعه شيئا فوجده بعينه فهو أحق به وإن مات الذي ابتاعه فصاحب المتاع أسوة الغرماء وهو حديث وإن أرسله مالك فقد أسنده عبد الرزاق وقد روى من طريق الزهري عن أبي هريرة في زيادة بيان وهو قوله فيه فإن كان قبض من ثمنه شيئا فهو أسوة الغرماء ذكره أبو عبيد في كتابه في الفقه وخرجه وحجة الشافعي أن كل السلعة أو بعضها في الحكم واحد ولم يختلفوا أنه إذا قبض المشتري بعضها إن البائع أحق بالمقدار الذي أدرك من سلعته الاعطاء فإنه قال إذا قبض المشتري بعضها كان البائع أسوة الغرماء واختلف الشافعي ومالك في الموت هل حكمه حكم الفلس أم لا فقال مالك هو في الموت أسوة الغرماء بخلاف الفلس وقال الشافعي الأمر في ذلك واحد وعمدة مالك ما رواه عن ابن شهاب عن أبي بكر وهو نص في ذلك وأيضا من جهة النظر أن فرقا بين النمة في الفلس والموت وذلك أن الفلس يمكن أن تثرى حاله فيتبعه غرماءه بما بقي عليه وذلك غير متصور في الموت وأما الشافعي فعمدته ما رواه ابن أبي ذئب بسنده عن أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أيما رجل مات أو أفلس فصاحب المتاع أحق به فسوى في هذه الرواية بين الموت والفلس قال وحديث ابن أبي ذئب أولى من حديث ابن شهاب لأن حديث ابن شهاب مرسل وهذا مسند ومن طريق المعنى فهو مال لا تصرف فيه لمالك إلا بعد أداء ما عليه فأشبه مال الفلس وقياس مالك أقوى من قياس الشافعي وترجيح حديثه على حديث ابن أبي ذئب من جهة أن موافقة القياس له أقوى وذلك أن ما وافق من الأحاديث المتعارضة قياس المعنى فهو أقوى مما وافقه قياس الشبهة أعني أن القياس الموافق لحديث الشافعي هو قياس شبهه والموافق لحديث مالك قياس معنى ومرسل مالك خرج عبد الرزاق فسبب اختلاف تعارض الآثار في هذا المعنى والمقاييس وأيضا فإن الأصل يشهد لقول مالك في الموت أعني أن من

باع شيئاً فليس يرجع اليه فمالك رجه الله أقوى في هذه المسئلة والشافعي إنما ضعف عنده فيها قول مالك لما روى من المسند والمرسل عنده لا يجب العمل به واختلف مالك والشافعي فيمن وجد سلعته بعينها عنده المفلس وقد أحدث زيادة مثل أن تكون أرضاً يفرسها أو عرصه يبنها فقال مالك العمل الزائد فيها هو فوت ويرجع صاحب السلعة شريك الغرماء وقال الشافعي بل يخير البائع بين أن يعطي قيمة ما أحدث المشتري في سلعته أو يأخذها أو أن يأخذ أصل السلعة ويحاص الغرماء في الزيادة وما يكون فوتاً ما لا يكون فوتاً في مذهب مالك منصوص في كتبه المشهورة وتحصيل مذهب مالك فيما يكون الغريم به أحق من سائر الغرماء في الموت والفلس أوفى للفلس دون الموت أن الأشياء المبيعة بالدين تنقسم في التفليس ثلاثة أقسام عرض يتعين وعين تختلف فيه هل يتعين فيه أم لا وعمل لا يتعين فاما العرض فإن كان في يد البائع لم يسله حتى أفلس المشتري فهو أحق به في الموت والفلس وهذا لا خلاف فيه وإن كان قد دفعه الى المشتري ثم أفلس وهو قائم بيده فهو أحق به من الغرماء في الفلس دون الموت ولهم عنده أن يأخذوا سلعته بالثمن وقال الشافعي ليس لهم وقال أشهب لا يأخذونها الا بزيادة يحطونها عن المفلس وقال ابن الماجشون ان شاء كان الثمن من أموالهم أو من مال الغريم وقال ابن كثة بل يكون من أموالهم وأما العين فهو أحق بها في الموت أيضاً والفلس ما كان بيده واختلف اذا دفعه الى بائعه فيه فلس أو مات وهو قائم بيده يعرف بعينه فقل ان له أحق به كالعرض في الفلس دون الموت وهو قول ابن القاسم وقيل انه لا سبيل له عليه وهو أسوة الغرماء وهو قول أشهب والقولان جاريان على الاختلاف في تعيين العين وأما ان لم يعرف بعينه فهو أسوة الغرماء في الموت والفلس وأما تعمل التي لا يتعين فإن أفلس المستأجر قبل أن يستوفى عمل الاجير كان الاجير أحق بمعامله في الموت والفلس جميعاً كالسلعة اذا كانت بيد البائع في وقت الفلس وإن كان فلسه بعد ان استوفى عمل الاجير فلا جبر أسوة الغرماء باجرته التي شارطه عليها في الفلس والموت جميعاً على أظهر الاقوال الا أن تكون بيده السلعة التي استؤجر على عملها فيكون أحق بذلك في الموت والفلس جميعاً لانه كالرهن بيده فإن أسلمه كان أسوة الغرماء بعمله الا أن يكون له فيه شيء أخرجه فيكون أحق به في الفلس دون الموت وكذلك الامر عنده في فلس مكترى الدواب ان استكترى أحق بمعامله من المتاع في الموت والفلس جميعاً وكذلك مكترى السفينة وهذا كله شبهه مالك بالرهن وبالجملة فلا خلاف في مذهب مالك أن البائع أحق بمافي بيده في الموت والفلس وأحق بسلعته القائمة الخارجة عن يده في الفلس دون الموت وانه أسوة الغرماء في سلعته اذا فاته وعندنا يشبه حال الاجير عند أصحاب مالك وبالجملة البائع منفعه بالبائع الرقبة فمرة يشبهون المنفعة التي عمل بالسلعة التي لم يقبضها المشتري فيقولون هو أحق بمافي الموت والفلس ومرة يشبهونه بالتي خرجت من يده ولم يمت فيقولون هو أحق بمافي الفلس دون الموت ومرة يشبهون ذلك بالموت التي فاته فيه فيقولون هو أسوة الغرماء ومثال ذلك اختلافهم فيمن استؤجر على سقي حائط فسقا حتى أتم الحائط ثم أفلس المستأجر فانهم قالوا فيه الثلاثة الاقوال وتشبيه بيع المنافع في هذا الباب يبيع الرقاب هو شيء فإنا حسب انفرده مالك دون فقهاء الامصار وهو ضعيف لان قياس التشبه المأخوذ من الموضع المفارق للأصول يضعف ولذلك ضعف عند قوم القياس على موضع الرخص ولكن اتقدح هنالك قياس علة فهو أقوى ولعل

المالكية تدعى وجود هذا المعنى في هذا القياس لكن هذا كله ليس يليق بهذا المختصر ومن هذا الباب اختلافهم في العبد المفلس المأذون له في التجارة هل يتبع بالدين في رقبته أم لا فذهب مالك وأهل الحجاز إلى أنه انما يتبع بما في يده لا في رقبته ثم ان أعنتى اتبع بما بقى عليه ورأى قوم انه يباع ورأى قوم أن الغرماء يخبرون بن بيعه وبين أن يسمى فيما بقى عليه من الدين وبه قال شريح وقالت طائفة بل يلزم سيده بما عليه وان لم يشترطه فالذين لم يروا بيع رقبته قالوا انما عامل الناس على ما في يده فأشبه الحر والذين رأوا بعيه شبهوا ذلك بالجنايات التي يجنى وأما الذين رأوا الرجوع على السيد بما عليه من الدين فانهم شبهوا ماله بمال السيد اذ كان له اتزاعه فسبب الخلاف هو تعرض أقيسة الشبهة في هذه المسألة ومن هذا المعنى اذا أفلس العبد والمولى معا باى يبدأ هل بدين العبد أم بدين المولى فالجمهور يقولون بدين العبد لان الذين دأبوا العبد انما فاعلوا ذلك ثقة بما رأوا عند العبد من المال والذين دأبوا المولى لم يعتمدوا بمال العبد ومن رأى البدء بالمولى قال لارب مال العبد هو في الحقيقة للمولى فسبب الخلاف تردد مال العبد بين أن يكون حكمه بحكم مال الاجنبى أو حكم مال السيد واما قدر ما يترك للمفلس من ماله فقيل في المذهب يترك له ما يعيش به هو وأهله وولده الصغار الايام وقال في الواضحة والعنينة الشهر ونحوه ويترك له كسوة مثله وتوقف مالك في كسوة زوجته لكونها هل تجب لها بعوض مقبوض وهو الاتفاقي بها أو بغير عوض وقال سحنون لا يترك له كسوة زوجته وروى ابن نافع عن مالك انه لا يترك له الا ما يواريه وبه قال ابن كاتبة واختلفوا في بيع كتب العلم عليه على قولين وهذا مبنى على كراهية بيع كتب الفقه أولا كراهية ذلك وأما معرفة الدين التي يخص بها من الديون التي لا يخص بها على مذهب مالك فانها تنقسم أولا إلى قسمين أحدهما أن تكون واجبة عن عوض والثاني أن تكون واجبة من غير عوض فاما الواجبة عن عوض فانها تنقسم إلى عوض مقبوض وإلى عوض غير مقبوض فاما كانت عن عوض مقبوض وسواء كانت مالا أو أرض جناية فلا خلاف في المذهب ان محاصة الغرماء بها واجبة وأما ما كان عن عوض غير مقبوض فان ذلك ينقسم خمسة أقسام أحدها ان لا يمكنه دفع العوض بحال كنفقة الزوجات لما يأتى من المدة والثاني ان لا يمكنه دفع العوض ولكن يمكنه دفع ما يستوفى فيه مثل أن يكتري الرجل الدار بالنقد أو يكون العرف فيه النقد ففلس المكتري قبل أن يسكن أو بعد ما سكن بعض السكنى وقبل أن يدفع الكراء والثالث أن يكون دفع العوض يمكنه ويلزمه مثل السلعة اذا باعها ففلس المكتري اليه قبل دفع رأس المال والرابع أن يكون يمكنه دفع العوض ولا يلزمه مثل السلعة اذا باعها ففلس المكتري قبل ان يدفعها اليه البائع والخامس أن لا يكون اليه تهجيل دفع العوض مثل ان يسلم الرجل الى الرجل دنانير في عروض الى أجل فيفلس المسلم قبل أن يدفع رأس المال وقبل أن يحل أجل السلم فاما الذي لا يمكنه دفع العوض بحال فلا محاصة في ذلك الا في مهر الزوجات اذا فلس الزوج قبل الدخول وأما الذي لا يمكنه دفع العوض ويمكنه دفع ما يستوفى منه مثل المكتري يفلس قبل دفع الكراء فقيل للمكبرى المحاصة بجميع الثمن واسلام الدار للغرماء وقيل ليس له الا المحاصة بما سكن وبأخذ داره وان كان لم يسكن فليس له الا أخذ داره واما ما يمكنه دفع العوض ويلزمه وهو اذا كان العوض عينا فقيل يخص به الغرماء في الواجب له بالعوض ويدفعه فقيل هو أحق به وعلى هذا الا يلزمه دفع العوض واما ما يمكنه دفع العوض

لا يلزمه فهو بالخيار بين المحاصة والامساك وذلك هو اذا كان العوض عينا واما اذا لم يكن اليه تعجيل العوض مثل أن يفلس المسلم قبل أن يدفع رأس المال وقبل أن يحل أجل السلم فإن رضى المسلم اليه أن يعجل العروض ويحاصص الغرماء برأس مال السلم فذلك جائز أن رضى بذلك الغرماء فإن أبى ذلك أحد الغرماء حاص الغرماء برأس المال الواجب له فيما وجد للغريم من مال وفي العروض التي عليه اذا حلت لانها من مال المفلس وإن شاء أن يبيعها بالنقد ويتحاصص فيها كان ذلك لهم وأما ما كان من الحقوق الواجبة عن غير عوض فإن ما كان منها غير واجب بالشرع بل بالالتزام كالمطبات والصدقات فلا محاصة فيها وأما ما كان منها واجبا بالشرع كنفقة الآباء والأبناء ففيها قولان أحدهما أن المحاصة لا تجب بها وهو قول ابن القاسم والثاني أنها تجب بها اذا لزم بحكم من السلطان وهو قول أشهب وأما النظر خامس وهو معرفة وجه التحاصص فإن الحكم في ذلك أن يصرف مال الغريم من جنس ديون الغرماء وسواء كان مال الغرماء من جنس واحد أو من أجناس مختلفة اذ كان لا يقتضي في الديون الاماهو من جنس الدين الآن يتفقوا من ذلك على شيء يحوزوا خلتوا من هذا الباب في فرع طارئ وهو اذا هلك مال المحجور عليه بعد الحجر وقبل قبض الغرماء ممن مصيبته فقال أشهب مصيبته من المفلس وقال ابن الماجشون مصيبته من الغرماء اذا وقفه السلطان وقال ابن القاسم ما يحتاج الى بيعه فضائه من الغريم لانه انما يباع على ملكه وما لا يحتاج الى بيعه فضائه من الغرماء مثل أن يكون المال عينا والدين عينا وكلهم روى قوله عن مالك وفرق أصبغ بين الموت والفلس فقال المصيبة في الموت من الغرماء وفي الفلس من المفلس فهذا هو القول في أصول أحكام المفلس الذي له من المال ما لا يبقى بدونه رأما المفلس الذي لا مال له أصلا فإن فقهاء الامصار مجمعون على أن العدم له تأثير في اسقاط الدين الوقت ميسرته الاما حكي عن عمر بن عبد العزيز ان لهم ان يؤاجروه وقال به أجد من فقهاء الامصار وكلهم مجمعون على أن المدين اذا ادعى الفلس ولم يعلم صدقه انه يحبس حتى يتبين صدقه أو يقره بذلك صاحب الدين فاذا كان ذلك خلى سبيله وحكى عن أبي حنيفة ان لغرمائه ان يدوروا معه حيث دار وانما صار الكل الى القول بالحبس في الديون وان كان له بات في ذلك أثر صحيح لان ذلك امر ضروري لاستيفاء الناس حقوقهم بعضهم من بعض وهذا دليل على القول بالقياس الذي يقتضي الصلحة وهو الذي يسمى بالقياس المرسل وقبروى أن النبي عليه الصلاة والسلام حبس رجلا في تهمة خروجه فيما أحسب أبو داود والمحجورون عند مالك السفهاء والفلسون والعبيد والمرضى والزوجة فيما فوق الثلث لانه يرى أن للزوج حق في المال وخالفه في ذلك الأكثرو وهذا القدر كاف بحسب غرضنا في هذا الكتاب

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما ﴾

﴿ كتاب الصلح ﴾

والأصل في هذا الكتاب قوله تعالى (والصلح خير) وماروى عن النبي عليه السلام مرفوعا وموقوفا على عمر امضاء الصلح جائز بين المسلمين الا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا واتفق المسلمون على جوازه

على الاقرار واختلقوا في جوازه على الانكار فقال مالك وأبو حنيفة يجوز على الانكار وقال الشافعي لا يجوز على الانكار لانه من أكل المال بالباطل من غير عوض والمالكية تقول فيه عوض وهو سقوط الخصومة واندفاع اليمين عنه ولا خلاف في منذهب مالك أن الصلح الذي يقع على الاقرار برأى في حصته ما برأى في البيوع فيفسد بما تقسده البيوع من أنواع الفساد الخاص بالبيوع ويصح بصحته وهذا هو مثل ان يدعى انسان على آخر دراهم فيصالحه عليها بعد الاقرار بدنانير نسيئة وما أشبه هذا من البيوع الفاسدة من قبل الربا والغرر وأما الصلح على الانكار فالمشهور فيه عن مالك وأصحابه أنه برأى فيه من الصحة ما برأى في البيوع مثل ان يدعى انسان على آخر دراهم فينكر ثم يصالحه عليها بدنانير مؤجلة فهذا لا يجوز عند مالك وأصحابه وقال أصبغ هو جائز لأن المكروه فيه من الطرف الواحد وهو من جهة الطالب لأنه يعترف أنه أخذ بدنانير نسيئة في دراهم حلت له وأما الدافع فيقول هي هبة منى وأما ان ارتفع المكروه من الطرفين مثل أن يدعى كل واحد منهما على صاحبه دنانير أو دراهم فينكر كل واحد منهما صاحبه ثم يصلحان على أن يؤخر كل واحد منهما صاحبه فيأيدعيه قبله إلى أجل فهذا عندهم هو مكروه أما كراهيته فخفاة أن يكون كل واحد منهما صادقا فيكون كل واحد منهما قادرا نظرا لصاحبه لا نظارا لآخر أياه فيدخلها سلفى وأسلفك وأما وجه جوازه فلأن كل واحد منهما إنما يقول ما فعلت إنما هو برع منى وما كان يجب على شيء وهذا النحو من البيوع قيل انه يجوز اذا وقع وقال ابن الماجشون يفسخ اذا وقع عليه الرقعة فان طال مضى فالصلح الذي يقع فيه مما لا يجوز في البيوع هو في منذهب مالك على ثلاثة أقسام صلح يفسخ باتفاق وصلح يفسخ باختلاف وصلح لا يفسخ باتفاق ان طال وان لم يطل فيه اختلاف.

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله ومحبه وسلم تسليما ﴾

﴿ كتاب الكفالة ﴾

واختلف العلماء في نوعها وفي وقتها وفي الحكم اللازم عنها وفي شروطها وفي صفة لزومها وفي محلها وطا أسماء كفالة وحالة وضمانة وزعامة فأما أنواعها فتعوز حالة بالنفس وحالة بالمال أما الحالة بالمال فتأبى بالسنة ومجم عليها من الصدر الأول ومن فقهاء الأمصار وحكى عن قوم أنها ليست لازمة تشبيها بالعدة وهو شاذ والسنة التي صار إليها الجمهور في ذلك هو قوله عليه السلام الزعيم غارم وأما الحالة بالنفس وهي التي تعرف بضمان الوجه فجمهور فقهاء الأمصار على جواز وقوعها شرعا اذا كانت بسبب المال وحكى عن الشافعي في الجديد أنها لا تجوز وبه قال داود وجمهور فقهاء ما قبله (معاذ الله أن نأخذ إلا من وجدنا متاعنا عنده) ولأنها كفالة بنفس فاشبهت الكفالة في الحدود وحجة من أجازها محرم قوله عليه السلام الزعيم غارم وتعلقوا بان في ذلك مصلحة وأنه مروي عن الصدر الأول وأما الحكم اللازم عنها فجمهور القائلين بحالة النفس متفقون على أن المتحمل عنه اذا مات لم يلزم الكفيل بالوجه شيء وحكى عن بعضهم لزوم ذلك وفرق ابن القاسم بين أن يموت الرجل حاضرا أو غائبا فقال ان مات حاضرا لم يلزم الكفيل شيء وان مات غائبا نظر فان كانت المسافة التي بين البلدين مسافة يمكن الجليل فيها احضاره في الأجل المضروب له في احضاره وذلك نحو اليومين إلى الثلاثة ففرط غرم والام يغرر واختلقوا اذا غاب المتحمل عنه ما حكم الجليل بالوجه على ثلاثة أقوال القول الأول أنه يلزمه أن يحضره أو يغرر وهو قول مالك وأصحابه وأهل

المدينة والقول الثاني أنه يحبس الجليل الى أن يأتي به أو يعلم موته وهو قول أبي حنيفة وأهل العراق والقول الثالث أنه ليس عليه إلا أن يأتي به اذا علم موضعه ومعنى ذلك أن لا يكف أحضاره إلا مع العلم بالقدرة على إحضاره فإن ادعى الطالب معرفة موضعه على الجليل وأنكر الجليل كلف الطالب بيان ذلك قالوا ولا يحبس الجليل الا اذا كان المتحمل عنه معلوم الموضع فيكلف حينئذ أحضاره وهذا القول حكاه أبو عبيد القاسم بن سلام في كتابه في الفقه عن جماعة من الناس واختاره وعمدة مالك أن المتحمل بالوجه غار لصاحب الحق فوجب عليه الغرم اذا غاب وربما احتج طم عماري عن ابن عباس أن رجلاً سأل غريمه أن يؤدي اليه ماله أو يعطينه حيلة فلم يقصر حتى حاكمه الى النبي عليه السلام فتمحمل عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم أدى المال اليه قالوا فهذا غرم في الحالة المطلقة وأما أهل العراق فقالوا انه يجب عليه إحضار ما تمحله به وهو النفس فليس يجب أن يؤدي ذلك الى المال الا لو شرطه على نفسه وقد قال عليه السلام المؤمنون عند مشرتهم فائما عليهم أن يحضروه أو يحبس فيه فكأنه اذا ضمن المال فائما عليه أن يحضر للمال أو يحبس فيه كذلك الأمر في ضمان الوجه وعمدة الفريق الثالث أنه انما يلزمه إحضاره اذا كان إحضاره مما يمكن وحينئذ يحبس اذا لم يحضره وأما اذا علم أن أحضاره غير ممكن فليس يجب عليه إحضاره كإثباته اذا مات ليس عليه إحضاره قالوا ومن ضمن الوجه فاعلم المال فهو أحرى أن يكون مغروراً من أن يكون غاراً فأما اذا اشترط الوجه دون المال وصرح بالشرط فقد قال مالك أن المال لا يلزمه ولا خلاف في هذا فبما أحسب لانه كان يكون قد ألزم ضد ما اشترط فهذا هو حكم ضمان الوجه وأما حكم ضمان المال فإن الفقهاء متفقون على أنه اذا عدم المضمون أو غاب أن الضامن غارم واختلفوا اذا حضر الضامن والمضمون وكلاهما مومس فقال الشافعي وأبو حنيفة وأصحابهما والثوري والاوزاعي وأحمد وإسحاق للطالب أن يؤاخذ من شاء الكفيل أو المكفول وقال مالك في أحد قوله ليس له أن يأخذ الكفيل مع وجود المتكفل عنه وله قول آخر مثل قول الجمهور وقال أبو ثور الحالة والكفالة واحدة ومن ضمن عن رجل ما لزمه وبرئ المضمون ولا يجوز أن يكون مال واحد على اثنين وبه قال ابن أبي ليلى وابن شبرمة ومن ألحج لما رأى أن الطالب يجوز له مطالبة الضامن كان المضمون عنه غائباً أو حاضر اغنياً أو عديم حديث قبيصة بن الحارق قال تمحلت حيلة فأثبت النبي صلى الله عليه وسلم فسألته عنها فقال يخرجها عنك من أجل الصدقة بأقبيصة ان المسئلة لا تحمل الا في ثلاث وذكر رجلاً تمحلت حيلة رجل حتى يؤديها ووجه الدليل من هذا أن النبي صلى الله عليه وسلم أباح المسئلة للتمحمل دون اعتبار حال المتحمل عنه وأما محل الكفالة فهي الاموال عند جمهور أهل العلم لقوله عليه السلام الزعيم غارم أعنى كفالة المال وكفالة الوجه وسواء تعلقت الاموال من قبل أموال أو من قبل حدود مثل المال الواجب في قتل الخطأ أو الصلح في قتل العمد أو السرقة التي ليس يتعلق بها قطع وهي مادون النصاب أو من غير ذلك وروى عن أبي حنيفة اجازة الكفالة في الحدود والقصاص أو في القصاص دون الحدود وهو قول عثمان البتي أعنى كفالة النفس وأما وقت وجوب الكفالة بالمال أعنى مطالبته بالكفيل فاجع العلماء على أن ذلك بعد ثبوت الحق على المكفول اما باقرار وامبينة وأما وقت وجوب الكفالة بالوجه فاختلفوا هل تنزم قبل اثبات الحق أم لا فقال قوم انها لا تنزم قبل اثبات الحق بوجه من الوجوه

وهو قول شريح القاضي والشعبي وبه قال سحنون من أصحاب مالك وقال قوم بل يجب أخذ الكفيل بالوجه على إثبات الحق وهو لاء اختلفوا متى يلزم ذلك وإلى كم من المدة يلزم فقال قوم ان أتى بشبهة قوية مثل شاهد واحد لزمه ان يعطى ضامنا بوجهه حتى يلوح حقه والام يلزمه الكفيل الا أن يذكر بينة حاضرة في المصر فيعطيه حيلامن الخمسة الايام إلى الجمعة وهو قول ابن القاسم من أصحاب مالك وقال أهل العراق لا يؤخذ عليه حيل قبل ثبوت الحق الا أن يدعى بينة حاضرة في المصر نحو قول ابن القاسم الا أنهم حددوا ذلك بالثلاثة الايام يقولون انه ان أتى بشبهة لزمه أن يعطيه حيل حتى يثبت دعواه أو تبطل وقد أنكروا الفرق في ذلك والفرق بين البنى يدعى البينة للحاضرة والغائبة وقالوا لا يؤخذ حيل على أحد الابينة وذلك الى بيان صدق دعواه أو إبطالها وسبب هذا الاختلاف تعارض وجه العدل بين الخصمين في ذلك فانه اذا لم يؤخذ عليه ضامن بمجرد الدعوى لم يؤمن ان يغيب بوجهه فيعنت طلبه واذا أخذ عليه لم يؤمن ان تكون الدعوى باطلة فيعنت المطالب ولهذا فرق من فرق بين دعوى البينة الحاضرة والغائبة وروى عن عراك بن مالك قال أقبل نفر من الاعراب معهم ظهر فصحبهم رجلا ن فبات معهم فأصبح القوم وقد فقدوا كذا وكذا من ابلهم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لاحد الرجلين اذهب واطلب وحبس الآخر فجاء بما ذهب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لاحد الرجلين استغفر لى فقال غفر الله لك قال وأنت فغفر الله لك وقتلك في سبيله خرج هذا الحديث أبو عبيد في كتابه في الفقه قال رحمه بعض العلماء على ان ذلك كان من رسول الله حسبا قال ولا يجزئ ذلك لأنه لا يجب الحبس بمجرد الدعوى وانما هو عندى من باب الكفالة بالحق الذى لم يجب اذا كانت هناك شبهة لمكان محبتهم لهم فأما أصناف المضمونين فليس يلحق من قبل ذلك اختلاف مشهور لا اختلافهم في ضمان الميت اذا كان عليه دين ولم يترك وفاء بدينه فأجازه مالك والشافعى وقال أبو حنيفة لا يجوز استدلال أبو حنيفة من قبل ان الضمان لا يتعلق بمعدوم قطعاً وليس كذلك المفلس واستدل من رأى ان الضمان يلزم بما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام كان في صدر الاسلام لا يصلى على من مات وعليه دين حتى يضمن عنه والجمهور يصح عندهم كفالة المحبوس والغائب ولا يصح عند أبي حنيفة وأما شروط الكفالة فان أبا حنيفة والشافعى يشترطان في وجوب رجوع الضامن على المضمون بما أدى عنه أن يكون الضمان باذنه ومالك لا يشترط ذلك ولا تجوز عند الشافعى كفالة المجهول ولا الحق الذى لم يجب بعد وكل ذلك لازم وجازئ عند مالك وأصحابه وأما ما تجوز فيه الجمالة بالمال مما لا تجوز فانها تجوز عند مالك بكل مال ثابت في التمة الا لكافة وما لا تجوز فيه التأخير وما يستحق شيئاً مثل النفقات على الازواج وما شاكلها

بسم الله الرحمن الرحيم صلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً

كتاب الحوالة

والحوالة معاملة صحيحة مستثناة من الدين بالدين لقوله عليه الصلاة والسلام مطل الغنى ظم واذا أحيل أحدكم على غنى فليستحل والنظر في شروطها وفي حكمها فن الشروط اختلافهم في اعتبار رضا المحال والمحال عليه فن الناس من اعتبر رضا المحال ولم يعتبر رضا المحال عليه وهو مالك ومن الناس من اعتبر

رضاهما معا ومن الناس من لم يعتبر رضا المحال واعتبر رضا المحال عليه وهو تقيض مذهب مالك وبه قال داود فمن رأى أنها معاملة اعتبر رضا الصنفين ومن أنزل المحال عليه من المحال منزلته من المحيل لم يعتبر رضاه معه كما لا يعتبره مع المحيل إذا طلب منه حقه ولم يحل عليه أحداً وأما داود فحجته ظاهر قوله عليه الصلاة والسلام وإذا أحيل أحدكم على شيء فليتبع والأمر على الوجوب وبقي المحال عليه على الأصل وهو اشتراط اعتبار رضاه ومن الشروط التي اتفق عليها في الجملة كون ماعلى المحال عليه مجانسا لماعلى المحيل قسرا ووصفا لأن منهم من أجازها في الذهب والدرهم فقط ومنعها في الطعام والدين منعها في ذلك رأوا أنهم من باب بيع الطعام قبل أن يستوفى لأنه باع الطعام الذي كان له على غيره بالطعام الذي كان عليه وذلك قبل أن يستوفيه من غيره وأجاز ذلك مالك إذا كان الطعامان كلاهما من قرض إذا كان دين المحال حالا وأما إن كان أحدهما من سلم فإنه لا يجوز إلا أن يكون الدينان حالين وعند ابن القاسم وغيره من أصحاب مالك يجوز ذلك إذا كان الدين المحال به حالا ولم يفرق بين ذلك الشافعي لأنه كالبيع في ضمان المستقرض وانما يخص مالك في القرض لأنه يجوز عنده بيع القرض قبل أن يستوفى وأما أبو حنيفة فأجاز الحوالة بالطعام وشبهها بالدرهم وجعلها خارجة عن الأصول تخرج الحوالة بالدرهم والمسئلة مبنية على أن ما شئت عن الأصول هل يقاس عليه أم لا والمسئلة مشهورة في أصول الفقه وللحوالة عند مالك ثلاثة شروط أحدها أن يكون دين المحال حالا لأنه إن لم يكن حالا كان دينه دين والثاني أن يكون الدين الذي يحمله به مثل الذي يحمله عليه في القدر والصفة لأنه إذا اختلفا في أحدهما كان بيعا ولم تكن حوالة تخرج من باب الرخصة إلى باب البيع وإذا خرج إلى باب البيع دخله الدين بالدين والشروط الثالث أن لا يكون الدين طعاما من سلم أو أحدهما ولم يحل الدين المستحل به على مذهب ابن القاسم وإذا كان الطعامان جيعا من سلم فلا يجوز الحوالة بأحدهما على الآخر حلت الآجال أو لم تحل أو حل أحدهما ولم يحل الآخر لأنه يدخله بيع الطعام قبل أن يستوفى كما قلنا لكن أشبه بقول أن استوت رؤس أموالهما جازت الحوالة وكانت تولية وابن القاسم لا يقول ذلك كالحال إذا اختلفت ويتنزل المحال في الدين الذي أحيل عليه منزلة من أحاله ومنزلته في الدين الذي أحاله به وذلك فيما يرى بأن يأخذ بدله منه أو يبيعه له من غيره أعني أنه لا يجوز له من ذلك إلا ما يجوز له مع الذي أحاله وما يجوز للذي أحاله مع الذي أحاله عليه ومثال ذلك أن احتال بطعام كان له من قرض في طعام من سلم أو بطعام من سلم في طعام من قرض لم يجز له أن يبيعه من غيره قبل قبضه منه لأنه إن كان احتال بطعام كان من قرض في طعام من سلم نزل منزلة المحيل في أنه لا يجوز له بيع ماعلى غيره قبل أن يستوفيه لكونه طعاما من بيع وإن كان احتال بطعام من سلم في طعام من قرض نزل من المحتال عليه منزلته مع من أحاله أعني أنه كأنه ما كان يجوز له أن يبيع الطعام الذي كان على غيره من المحيل له قبل أن يستوفيه كذلك لا يجوز أن يبيع الطعام الذي أحيل عليه وإن كان من قرض وهذا كله مذهب مالك وأدلة هذه الفروق ضعيفة وأما أحكامها فإن جمهور العلماء على أن الحوالة ضد الحالة في أنه إذا أفلس المحال عليه لم يرجع صاحب الدين على المحيل بشئ قال مالك وأصحابه إلا أن يكون المحيل غره فأحاله على عديم وقال أبو حنيفة يرجع صاحب الدين على المحيل إذا مات المحال عليه مفلسا أو وحدا لحوالة وإن لم تكن لهينة وبه قال شريح وعثمان البني وجاعة

وسبب اختلافهم مشابهة الحوالة للحمالة

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً ﴾

﴿ كتاب الوكالة ﴾

وفيه ثلاثة أبواب الباب الأول في أركانها وهي النظر فيما فيه التوكيل وفي الموكل والموكل والثاني في أحكام الوكالة الثالث في مخالفة الموكل للوكيل

﴿ الباب الأول ﴾

(الركن الأول في الموكل) واتفقوا على وكالة الغائب والمريض والمرأة المالكين لامور أنفسهم واختلفوا في وكالة الحاضر الذكر الصحيح فقال مالك بمجوز وكالة الحاضر الصحيح الذكر وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يجوز وكالة الصحيح الحاضر ولا المرأة إلا أن تكون برزة فمن رأى أن الأصل أن لا ينوب فعل الغير عن فعل الغير الامدعت اليه الضرورة وانعقد الاجماع عليه قال لا يجوز نيابة من اختلف في نيابته ومن رأى أن الأصل هو الجواز قال الوكالة في كل شيء جائزة إلا فيما أجمع على أنه لا تصح فيه من العبادات وما جرى مجراها (الركن الثاني في الوكيل) وشروط الوكيل أن لا يكون ممنوعاً بالشرع من تصرفه في الشيء الذي وكل فيه فلا يصح توكيل الصبي ولا المجنون ولا المرأة عند مالك والشافعي على عقد النكاح أما عند الشافعي فلا بعاشرة ولا بواسطة أي بأن توكل هي من يلي عقد النكاح ويجوز عند مالك بالواسطة الذكر (الركن الثالث فيما فيه التوكيل) وشروط محل التوكيل أن يكون قابلاً للنيابة مثل البيع والحوالة والضمان وسائر العقود والفسوخ والشركة والوكالة والمصارفة والمجاعة والمساقاة والنكاح والطلاق والخلع والصلح ولا يجوز في العبادات البدنية ويجوز في المالية كالزكاة والصدقة والحج ويجوز عند مالك في الخصومة على الاقرار والانكار وقال الشافعي في أحد قولي لا يجوز على الاقرار وشبه ذلك بالشهادة والايمان ويجوز الوكالة على استيفاء العقود عند مالك وعند الشافعي مع الحضور قولان والذين قالوا ان الوكالة تجوز على الاقرار اختلفوا في مطلق الوكالة على الخصومة هل يتضمن الاقرار أم لا فقال مالك لا يتضمن وقال أبو حنيفة يتضمن (الركن الرابع) وأما الوكالة فهي عقد يلزم بالإيجاب والقبول كسائر العقود وليست هي من العقود اللازمة بل الجائزة على ما نقوله في أحكام هذا العقد وهي ضربان عند مالك عامة وخاصة فالعامة هي التي تقع عنده بالتوكيل العام الذي لا يسمى فيه شيء دون شيء وذلك أنه ان سمي عنده لم ينتفع بالتعميم والتفويض وقال الشافعي لا يجوز الوكالة بالتعميم وهي غرر وإنما يجوز منها ما سمي وحده ونص عليه وهو الاقبس اذ كان الأصل فيها المنع الاما وقع عليه الاجماع

﴿ الباب الثاني في الاحكام ﴾

وأما الاحكام فمنها أحكام العقد ومنها أحكام فعل الوكيل فأما هذا العقد فهو كما قلنا عقد غير لازم للوكيل أن يدع الوكالة متى شاء عند الجميع لكن أبو حنيفة يشترط في ذلك حضور الموكل وللوكيل أن يعزله متى شاء قالوا الآن تكون وكالة في خصومة وقال أصبغ له ذلك ما لم يشرف على تمام الحكم وليس للوكيل أن يعزل نفسه في الموضع الذي لا يجوز أن يعزله الموكل وليس من شروط انعقاد هذا العقد حضور الخصم عند مالك والشافعي وقال أبو حنيفة ذلك من شرطه وكذلك ليس من شرط اثباتها عند الحالك حضوره

عند مالك وقال الشافعي من شرطه واختلاف أصحاب مالك هل تنفسخ الوكالة بموت الموكل على قولين فاذا قلنا تنفسخ بالموت كانتفسخ بالعزل فحي يكون الوكيل معزولا والوكالة منفسخة في حق من عامله في المذهب فيه ثلاثة أقوال انها تنفسخ في حق الجميع بالموت والعزل والثاني انها تنفسخ في حق كل واحد منهم بالعلم فمن علم انفسخت في حقه ومن لم يعلم لم تنفسخ في حقه والثالث انها تنفسخ في حق من عامل الوكيل يعلم الوكيل وان لم يعلم هو ولا تنفسخ في حق الوكيل يعلم الذي عامله اذ لم يعلم الوكيل ولكن من دفع اليه شيئا بعد العلم بعزله ضمنه لأنه دفع الى من يعلم انه ليس بوكيل وأما أحكام الوكيل ففيها مسائل مشهورة أحدها اذا أوكّل على بيع شيء هل يجوز له أن يشتريه لنفسه فقال مالك يجوز وقد قيل عنه لا يجوز وقال الشافعي لا يجوز وكذلك عند مالك الأب والوصي ومنها اذا أوكّل في البيع وكالة مطلقة لم يجز له عند مالك ان يبيع الا بمن مثله نقدا بنقد البلد ولا يجوز ان يبيع نسيئة أو بغير نقد البلد أو بغير ثمن المثل وكذلك الأمر عنده في الشراء وفرق أبو حنيفة بين البيع والشراء لمعين فقال يجوز في البيع أن يبيع بغير ثمن المثل وأن يبيع نسيئة ولم يجز اذا أوكّل في شراء عبد بعينه ان يشتريه الا بمن المثل نقدا ويشبه ان يكون أبو حنيفة اتما فرق بين الوكالة على شراء شيء بعينه لان من حجته أنه كان الرجل قد يبيع الشيء بأقل من ثمن مثله ونساء لمصلحة رآها في ذلك كله كذلك حكم الوكيل اذا قدأ تزله منزله وقول الجمهور أن بين وكل ما يعتدي فيه الوكيل ضمن عند من يرى أنه تعدى واذا اشترى الوكيل شيئا وأعلم أن الشراء للموكل فالملك ينتقل الى الموكل وقال أبو حنيفة الى الوكيل أولا ثم الى الموكل واذا دفع الوكيل ديناً عن الموكل ولم يشهد فانكر الذي له الدين القبض ضمن الوكيل

باب الثالث

وأما اختلاف الوكيل مع الموكل فقد يكون في ضياع المال الذي استقر عند الوكيل وقد يكون في دفعه الى الموكل وقد يكون في مقدار الثمن الذي باع به أو اشترى اذا أمره بغير محدود وقد يكون في المقون وقد يكون في تعيين من أمره بالدفع اليه وقد يكون في دعوى التعدي فاذا اختلفا في ضياع المال فقال الوكيل ضاع مني وقال الموكل لم يضع فالتقول قول الوكيل ان كان لم يقبضه بينة فان كان المال قد قبضه الوكيل من غريم الموكل ولم يشهد الغريم على الدفع لم يبرأ الغريم باقرار الوكيل عند مالك وغرم ثانية وهل يرجع الغريم على الوكيل فيه خلاف وان كان قد قبضه بينة برى ولم يلزم الوكيل شيء وأما اذا اختلفا في الدفع فقال الوكيل دفعته اليك وقال الموكل لا قبيل القول قول الوكيل وقيل القول قول الموكل وقيل ان تباعد ذلك فالتقول قول الوكيل وأما اختلافهم في مقدار الثمن الذي به أمره بالشراء فقال ابن القاسم ان لم تقبض السلعة فالتقول قول المشتري وان فانت فالتقول قول الوكيل وقيل يتحالفان وينفسخ البيع ويتراجعان وان فانت بالقبضة وان كان اختلافهم في مقدار الثمن الذي أمره به في البيع فعند ابن القاسم ان القول فيه قول الموكل لأنه جعل دفع الثمن بمنزلة فوات السلعة في الشراء وأما اذا اختلفا فحين أمره بالدفع ففي المذهب فيه قولان المشهور أن القول قول المأمور وقيل القول قول الأمر وأما اذا فعل الوكيل فعلا هو تعدى وزعم أن الموكل أمره فالشهور ان القول قول الموكل وقد قيل ان القول قول الوكيل انه قدأ أمره لأنه قدأ تعدى على الفعل

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم صلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً ﴾

﴿ كتاب اللقطة ﴾

والنظر في اللقطة في جلتين الجملة الاولى في أركانها والثانية في أحكامها (الجملة الاولى) والاركان ثلاثة الالتقاط والملتقط واللقطة فأما الالتقاط فاختلف العلماء هل هو أفضل أم الترك فقال أبو حنيفة الأفضل الالتقاط لأنه من الواجب على المسلم أن يحفظ مال أخيه المسلم وبه قال الشافعي وقال مالك وجاعة بكرة هبة الالتقاط وروى عن ابن عمر وابن عباس وبه قال أحمد وذلك لأمرين أحدهما ما روى أنه صلى الله عليه وسلم قال ضالة المؤمن حرق النار ولما يخاف أيضاً من التقصير في القيام بما يجب لها من التعريف وترك التعدي عليها وتأول الذين رأوا الالتقاط أول الحديث وقالوا أراد بذلك الالتفاف بها لآخذها للتعريف وقال قوم بل لقطها واجب وقد قيل إن هذا الاختلاف إذا كانت اللقطة بين قوم مأمونين والامام عادل قالوا وإن كانت اللقطة بين قوم غير مأمونين والامام عادل فواجب التقاطها وإن كانت بين قوم مأمونين والامام جائر فالأفضل أن لا يلتقطها وإن كانت بين قوم غير مأمونين والامام غير عادل فهو مخير بحسب ما يقلب على ظنه من سلامتها أكثر من أحد الطرفين وهذا كله ماعدا لقطة الحاج فإن العلماء أجمعوا على أنه لا يجوز التقاطها نهيه عليه السلام عن ذلك ولقطة مكعبة أيضاً لا يجوز التقاطها إلا لمنشد لورود النص في ذلك والمرى في ذلك لفظان أحدهما أنه لا ترفع لقطتها إلا لمنشد الثاني لا يرفع لقطتها إلا لمنشد فالمنع الواحد أنها لا ترفع إلا لمن ينشد والمعنى الثاني لا يلتقطها إلا لمن ينشد ليعرف الناس وقال مالك تعرف هاتان اللقطتان أبداً فأما الملتقط فهو كل حر مسلم بالغ لانها ولاية واختلاف عن الشافعي في جواز التقاط الكافر قال أبو حامد والأصح جواز ذلك في دار الاسلام قال وفي أهلية العبد والفاسق له قولان فوجه المنع عدم أهلية الولاية ووجه الجواز عموم أحاديث اللقطة وأما اللقطة بالجملة فإنها كل مال مسلم معرض للضياع كان ذلك في عامر الأرض وأغراسها والجماد والحياض في ذلك سواء إلا الأبل باتفاق والأصل في اللقطة حديث يزيد بن خالد الجهني وهو متفق على صحته أنه قال جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأله عن اللقطة فقال اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة فإن جاء صاحبها والافشأ نك بها قال فضالة الغنم يارسل الله قال هي لك أولأخيك أولذئب قال فضالة الأبل قال مالك ولها معها سقاؤها وحذاؤها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يلقاها ربه وهذا الحديث يتضمن معرفة ما يلتقط مما لا يلتقط ومعرفة حكم ما يلتقط كيف يكون في العام وبعده وبماذا يستحقها مدعياها فأما الأبل فاتفقوا على أنها لا تلتقط واتفقوا على الغنم أنها تلتقط وترددوا في البقر والنص عن الشافعي أنها كالأبل وعن مالك أنها كالغنم وعنه خلاف (الجملة الثانية) وأما حكم التعريف فاتفق العلماء على تعريف ما كان منهاله بال سنة ما لم تكن من الغنم واختلفوا في حكمها بعد السنة فاتفق فقهاء الامصار مالك والثوري والاوزاعي وأبو حنيفة والشافعي وأحمد وأبو عبيد وأبو ثور إذا انقضت كان له أن يأكلها إن كان فقيراً أو يتصدق بها إن كان غنياً فإن جاء صاحبها كان بخيرين إن يجبر الصدقة فينزل على ثوابها أو يضمنه إياها واختلفوا في الغني هل له أن يأكلها أو ينفقها بعد الحول فقال مالك والشافعي له ذلك وقال أبو حنيفة ليس له إلا أن يتصدق بها وروى مثل قوله عن علي وابن عباس وجاعة من

التابعين وقال الاوزاعي ان كان مالا كثيرا جعله في بيت المال وروى مثل قول مالك والشافعي عن عمر
وابن مسعود وابن عمر وعائشة وكلهم متفقون على أنه ان أكلها ضمنها صاحبها الأهل الظاهر واستدل
مالك والشافعي بقوله عليه السلام فشا نك بها ولم يفرق بين غنى وفقير ومن ألحقه لهما ما رواه البخاري
والترمذي عن سويد بن غفلة قال لقيت أوس بن كعب فقال وجدت صرة فيها مائة دينار فأيت النبي
صلى الله عليه وسلم فقال عرفها حولا فعرفتها فلم أجد ثم أيتته ثلاثا فقال احفظ وعاءها ووكاءها فان جاء
صاحبها أو أفاستمتع بها وخرج الترمذي وأبو داود فاستنفقها فسبب الخلاف معارضة ظاهر لفظ حديث
اللقطة لأصل الشرع وهو أنه لا يحل مال امرئ مسلم الا عن طيب نفس منه فمن غلب هذا الأصل على
ظاهر الحديث وهو قوله بعد التعريف فشا نك بها قال لا يجوز فيها تصرف الا بالصدقة فقط على ان يضمن
ان لم يجز صاحب اللقطة الصدقة ومن غلب ظاهر الحديث على هذا الأصل ورأى انه مستثنى منه قال تعالى
بعد العام وهي مال من ماله لا يضمنها ان جاء صاحبها ومن توسط قال يتصرف بعد العام فيها وان كانت عينا
على جهة الضمان وأما حكم دفع اللقطة لمن ادعاها فاتفقوا على أنها لا تدفع اليه اذ لم يعرف العفاص
والوكاء واختلفوا اذ اعرف ذلك هل يحتاج مع ذلك الى يئنة أم لا فقال مالك يستحق بالعلامة
ولا يحتاج الى يئنة وقال أبو حنيفة والشافعي لا يستحق الا بيئنة وسبب الخلاف معارضة الأصل في اشتراط
الشهادة في صحة الدعوى لظاهر هذا الحديث فمن غلب الأصل قال لا بد من البيئنة ومن غلب ظاهر
الحديث قال لا يحتاج الى يئنة وانما اشترط الشهادة في ذلك الشافعي وأبو حنيفة لأن قوله عليه السلام
اعرف عفاصها ووكاءها فان جاء صاحبها والافشا نك بها يحتمل أن يكون انما أمره بمعرفة العفاص
والوكاء لئلا تختلط عنده بغيرها ويحتمل أن يكون انما أمره بذلك ليدفعها لصاحبها بالعفاص والوكاء
فما وقع الاحتمال وجب الرجوع الى الأصل فان الأصول لا تعارض بالاحتمالات المخالفة لها الا أن تصح
الزيادة التي تذكرها بعد وعند مالك وأصحابه ان على صاحب اللقطة ان يصف مع العفاص والوكاء صفة
الدنانير والعدد قالوا وذلك موجود في بعض روايات الحديث ولفظه فان جاء صاحبها ووصف عفاصها
ووكاءها وعندها فدفعها اليه قالوا ولكن لا يضره الجهل بالعدد اذ اعرف العفاص والوكاء وكذلك ان زاد
فيه واختلفوا ان نقص من العدد على قولين وكذلك اختلفوا اذ اجهل الصفة وجاء بالعفاص والوكاء
وأما اذا غلط فيها فلا شيء له وأما اذا عرف احدى العلامتين اللتين وقع النص عليهما وجهل الاخرى فقليل انه
لا شيء له الا بغير فهمها جعيا وقليل يدفع اليه بعد الاستبراء وقليل ان ادعى الجهالة استبرى وأن غلط لم يدفع اليه
واختلف المذهب اذا أتى بالعلامة المستحقة هل يدفع اليه بيمين أو بغير يمين فقال ابن القاسم بغير يمين
وقال أشهب بيمين وأما صلة الغنم فان العلماء اتفقوا على أن لو اجد ضالة الغنم في المكان الفقر البعيد
من العمران أن يأكلها لقوله عليه السلام في الشاة هي لك وأخيك وألذئب واختلفوا هل يضمن قيمتها
لصاحبها أم لا فقال جمهور العلماء انه يضمن قيمتها وقال مالك في أشهر الاقوال عنه انه لا يضمن وسبب
الخلاف معارضة الظاهر كما قلنا للاصل المعلوم من الشريعة الا أن مال كاهنا غلب الظاهر جري على حكم
الظاهر ولم يجز كذلك في التصرف فيما وجب تعريفه بعد العام لقوة اللفظ ههنا وعنه رواية أخرى
انه يضمن وكذلك كل طعام لا يبيح اذا خشى عليه التلف ان تركه وتحصيل مذهب مالك عند أصحابه

في ذلك انها على ثلاثة أقسام قسم يبقى في يد ملتقطه ويخشى عليه التلف ان تركه كالعين والعروض وقسم لا يبقى في يد ملتقطه ويخشى عليه التلف ان تركه كالشاة في القفر والطعام الذي يسرع اليه الفساد وقسم لا يخشى عليه التلف فأما القسم الأول وهو ما يبقى في يد ملتقطه ويخشى عليه التلف فانه ينقسم ثلاثة أقسام أحدها أن يكون يسيرا بالبال ولا قسر لقيته ويعلم أن صاحبه لا يطلبه لتفاتهته فهذا لا يعرف عنده وهو لمن وجده والأصل في ذلك ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم مر بتمر في الطريق فقال لولا أن تكون من الصدقة لأكلتها ولم يذكر فيها تعريفا وهذا مثل العصا والسوط وان كان أشبه قد استحسن تعريف ذلك والثاني أن يكون يسيرا إلا أنه له قدرا ومنفعة فهذا الاختلاف في المذهب في تعريفه واختلفوا في قسرو ما يعرف فقيل سنة وقيل أياما وأما الثالث فهو ان يكون كثيرا أولا قدر فهذا الاختلاف في وجوب تعريفه حولا وأما القسم الثاني وهو ما لا يبقى بيد ملتقطه ويخشى عليه التلف فان هذا إما كله كان غنيا أو فقيرا وهل يضمن فيه روايتان كما قلنا الا شهر أن لاضمان واختلفوا ان وجد ما يسرع اليه الفساد في الحاضرة فقيل لاضمان عليه وقيل عليه الضمان وقيل بالفرق بين أن يصدق به فلا يضمن أو يأكله فيضمن وأما القسم الثالث فهو كالابل لا أعني ان الاختيار عنده فيه الترك للنص الوارد في ذلك فان أخذها وجب تعريفها والاختيار تركها وقيل في المذهب هو عام في جميع الأزمنة وقيل انما هو في زمان العدل وأن الافضل في زمان غير العدل التقاطها وأما ضمانها في الذي تعرف فيه فان العلماء اتفقوا على ان من التقطها وأشهد على التقاطها فهلكت عنده أنه غير ضامن واختلفوا اذ لم يشهد فقال مالك والشافعي وأبو يوسف ومحمد بن الحسن لاضمان عليه ان لم يضع وان لم يشهد وقال أبو حنيفة وزفر يضمنها ان هلكت ولم يشهد استدلال مالك والشافعي بأن اللقطة ودیعة فلا ينقلها ترك الاشهاد من الامانة الى الضمان قالوا وهي ودیعة بما جاء من حديث سليمان بن بلال وغيره أنه قال ان جاء صاحبها ولا تكتن ودیعة عندك واستدل أبو حنيفة وزفر بحديث مطرف بن الشخير عن عياض بن حمار قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من التقط لقطة فليشهد ذوى عدل عليها ولا يكتن ولا يعنت فان جاء صاحبها فهو أحق بها والا فهو مال الله يؤتیه من يشاء وتحصيل المذهب في ذلك ان واجد اللقطة عند مالك لا يخلو التقاطها لهما من ثلاثة أوجه أحدها أن يأخذها على جهة الاغتتيال لها والثاني أن يأخذها على جهة الالتقاط والثالث أن يأخذها لاهل جهة الالتقاط ولا على جهة الاغتتيال فان أخذها على جهة الالتقاط فهي أمانة عنده عليه حفظها وتعريفها فان ردها بعد ان التقطها فقال ابن القاسم يضمن وقال أشهب لا يضمن اذ اردتها في موضعها فان ردها في غير موضعها ضمن كالوديعة والقول قوله في تلفها دون يمين الا أن يتم وأما اذا قبضها مغتالا لها فهو ضامن لها ولكن لا يعرف هذا الوجه الا من قبله وأما الوجه الثالث فهو مثل ان يجد ثوبا فليأخذه وهو يظنه لقوم بين يديه ليسألهم عنه فهذا ان لم يعرفه ولا ادعوه كان له أن يردده حيث وجده ولا ضمان عليه باتفاق عند أصحاب مالك وتعلق بهذا الباب مسألة اختلاف العلماء فيها وهو العبد يستهلك اللقطة فقال مالك انها في رقبته اما ان يسلمه سيده فيها واما ان يفيديه بقيتها هذا اذا كان استهلكه قبل الحول فان استهلكها بعد الحول كانت ديناعية عليه ولم تكن في رقبته وقال الشافعي ان علم بذلك السيد فهو الضامن وان لم يعلم بها

السيد كانت في رقبة العبد واختلوا هل يرجع الملتقط بما أنفق على اللقطة على صاحبها أم لا فقال الجمهور ملتقط اللقطة متطوع بحفظها فلا يرجع بشئ من ذلك على صاحب اللقطة وقال الكوفيون لا يرجع بما أنفق الآن تكون النفقة عن إذن الحاكم وهذه المسئلة هي من أحكام الالتقاط وهذا القدر كاف بحسب غرضنا في هذا الباب

﴿باب في اللقيط﴾

والنظر في أحكام الالتقاط وفي الملتقط والقيط وفي أحكامه وقال الشافعي كل شئ ضائع لا كافله فالتقاطه من فروض الكفايات وفي وجوب الاشهاد عليه خيفة الاسترقاق خلاف واختلاف فيه مبنى على الاختلاف في الاشهاد على اللقطة والقيط هو الصبي الصغير غير البالغ وإن كان يميز افعيه في مذهب الشافعي تردد والملتقط هو كل حر عدل رشيد وليس العبد والمكاتب يملتقط والكافر يملتقط الكافر دون المسلم لأنه لا ولاية عليه وملتقط المسلم الكافر وينزع من يد الفاسق والمبذر وليس من شرط الملتقط الغنى ولا تازم نفقة الملتقط على من التقطه وإن أنفق لم يرجع عليه بشئ وأما أحكامه فانه يحكم له بحكم الاسلام ان التقطه في دار المسلمين وبحكم للطفل بالاسلام بحكم أبيه عند مالك وعند الشافعي بحكم من أسلم منها وبه قال ابن وهب من أصحاب مالك وقد اختلف في القيط فقبل انه عبد لمن التقطه وقيل انه حر وولاؤه لمن التقطه وقيل انه حر وولاؤه للمسلمين وهو مذهب مالك والذي تشبهه الاصول الآن ثبت في ذلك أثر يخص به الاصول مثل قوله عليه الصلاة والسلام تروث المرأة ثلاثة لقيطها وعتيقها وابنها الذي لاعنت عليه

﴿بسم الله الرحمن الرحيم صلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما﴾

﴿كتاب الوديعه﴾

وجعل المسائل المشهورة بين فقهاء الأمصار في هذا الكتاب هي في أحكام الوديعه فمنها انهم اتفقوا على أنها أمانة لا مضمونة الا ما حكي عن عمر بن الخطاب قال المالكيون والليلى على انها أمانة أن الله أمر برد الامانات ولم يأمر بالاشهاد فوجب ان يصدق المستودع في دعواه رد الوديعه مع يمينه ان كذبه المودع قالوا الآن بدفعها اليه بينة فانه لا يكون القول قوله قالوا لأنه اذا دفعها اليه بينة فكأنه أتمته على حفظها ولم يأتمنه على ردها فيصدق في تلفها ولا يصدق على ردها هذا هو المشهور عن مالك وأصحابه وقد قيل عن ابن القاسم أن القول قوله وإن دفعها اليه بينة وبه قال الشافعي وأبو حنيفة وهو القياس لأنه فرق بين التلف ودعوى الرد وبعده ان تنتقض الامانة وهذا فيمن دفع الامانة الى اليدين التي دفعها اليه وأما من دفعها الى غير اليدين التي دفعها اليه فعليه ما عاين على اليدين من الاشهاد عند مالك والأضمن يريده قول الله عز وجل (فاذا دفعتم اليهم أموالهم فاشهدوا عليهم) فان أنكر القابض القبض فلا يصدق المستودع في الدفع عند مالك وأصحابه الا بينة وقد قيل انه يتخرج من المذهب انه يصدق في ذلك وسواء عند مالك أمر صاحب الوديعه بدفعها الى الذي دفعها أولم يأمر وقال أبو حنيفة ان كان ادعى دفعها الى من أمره بدفعها فالقول قول المستودع مع يمينه فان أقر المدفوع اليه بالوديعه أعني اذا كان غير المودع وادعى التلف فلا يخولوا ان يكون المستودع دفعها الى أمانة وهو وكيل المستودع أو الى ذمة فان كان القابض

أميناً فاختلف في ذلك قول ابن القاسم فقال مرة يبرأ الدافع بتسديد القابض وتكون المصيبة من الأمر الوكيل بالقبض ومرة قال لا يبرأ الدافع إلا بقائمة اليئنة على الدفع أو يأتي القابض بالمال وأما أن يدفع إلى ذمة مثل أن يقول رجل للذي عنده الوديعة ادفعها لي سلفاً أو تسلفاً في سعة أو ما أشبه ذلك فإن كانت الذمة قائمة برئ الدافع في المذهب من غير خلاف وإن كانت الذمة خربة فقولان والسبب في هذا الاختلاف كله أن الأمانة تقوى دعوى المدعي حتى يكون القول قوله مع يمينه فمن شبه أمانة الذي أمره المودع أن يدفعها إليه أعني الوكيل بأمانة المودع عنده قال يكون القول قوله في دعواه التلف كدعوى المستودع عنده ومن رأى أن تلك الأمانة أضعف قال لا يبرأ الدافع بتسديد القابض مع دعوى التلف ومن رأى المأمور بمنزلة الأمر قال القول قول الدافع للمأمور كما كان القول قوله مع الأمر وهو مذهب أبي حنيفة ومن رأى أنه أضعف منه قال الدافع ضامن إلا أن يحضر القابض المال وإذا أودعها بشرط الضمان فالجمهور على أنه لا يضمن وقال الغير يضمن وبالجملة فالفقهاء يرون بأجمعهم أنه لا ضمان على صاحب الوديعة إلا أن يتعدي ويتخلفون في أشياء هل هي تعد أم ليس بتعد فمن مسائلهم المشهورة في هذا الباب إذا أفتق الوديعة ثم رد مثلها أو أخرجهما لنفقتة ثم ردها فقال مالك يسقط عنه الضمان بحالته مثل إذا ردها وقال أبو حنيفة إن ردها بغيرها قبل أن ينفقها لم يضمن وإن ردها بغيرها يضمن وقال عبد الملك والشافعي يضمن في الوجهين جميعاً فمن غلط الأمر ضمنه أياها بتحريرها ونية استنفاقها ومن رخص لم يضمنها إذا أعاد مثلها ومنها اختلافهم في سفرها فقال مالك ليس له أن يسافر بها إلا أن تعطى له في سفر وقال أبو حنيفة له أن يسافر بها إذا كان الطريق آمناً ولم ينه صاحب الوديعة ومنها أنه ليس للمودع عنده أن يودع الوديعة غيره من غير عنده فإن فعل ضمن وقال أبو حنيفة إن أودعها عند من تلزمه نفقته لم يضمن لأنه شبه بأهل بيته وعندهما لك أنه يستودع ما أودع عند عياله الذين يأمنهم وهم تحت غلقه من زوج وأولاد وأمة أو من أشبههم وبالجملة فعند الجميع أنه يجب عليه أن يحفظها عما جرت به عادة الناس أن تحفظ أموالهم فما كان يئامن ذلك أنه حفظ اتفق عليه وما كان غير بين أنه حفظ اختلف فيه مثل اختلافهم في المذهب فمن جعل وديعة في جيبه فذهب والأشهر أنه يضمن وعند ابن وهب أن من أودع وديعة في المسجد فجعلها على نعله فذهب أنه لا ضمان عليه ويختلف في المذهب في ضمانها بالنسيان مثل أن ينساها في موضع أو ينسى من دفعها إليه أو يدعيها رجلاً فقيل يحلفان وتقسيم بينهما وقيل أنه يضمن لكل واحد منهما وإذا أراد السفر فله عند مالك أن يودعها عند ثقة من أهل البلد ولا ضمان عليه قدر على دفعها إلى الحاكم أو لم يقدر واختلف في ذلك أصحاب الشافعي فمنهم من يقول إن أودعها لغير الحاكم ضمن وقبول الوديعة عند مالك لا يجب في حال ومن العلماء من يرى أنه واجب إذا لم يجد المودع من يودعها عنده ولا أجر للمودع عنده على حفظ الوديعة ومحتاج إليه من مسكن أو نفقة فعلى ربهما واختلفوا من هذا الباب في فرع مشهور وهو فمن أودع ما لا فتعدي فيه وتجرب فيه فيه هل ذلك الربح حلال له أم لا فقال مالك والليث وأبو يوسف وجاعة إذا رد المال طاب له الربح وإن كان غاصباً للمال فضلاء عن أن يكون مستودعاً عنده وقال أبو حنيفة وزفر ومحمد بن الحسن يؤدي الأصل ويتصدق بالربح وقال قوم لرب الوديعة الأصل والربح وقال قوم هو مخير بين الأصل والربح وقال قوم البيع الواقع في تلك

التجارة فاسد وهؤلاء هم الذين أوجبوا التصديق بالريح اذا مات فمن اعتبر التصرف قال الريح للتصرف ومن اعتبر الاصل قال الريح لصاحب المال ولذلك لما أمر عمر رضي الله عنه ابنه عبدالله وعبيد الله أن يصرفا المال الذي أسلفهما أبو موسى الأشعري من بيت المال فتجرا فيه فربحا قيل له لوجهته قراضا فأجاب الى ذلك لانه قد روى انه قد حصل للعامل جزء ولصاحب المال جزء وان ذلك عدل

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما ﴾

﴿ كتاب العارية ﴾

والنظر في العارية في أركانها وأحكامها وأركانها خمسة الاعارة والمعير والمستعير والمعار والصفة أما الاعارة فهي فعل خير ومنسوب اليه وقد شد فيهما قوم من السلف الاول روى عن عبدالله بن عباس وعبدالله بن مسعود أنهما قالوا في قوله تعالى (ويعتصمون الماعون) انه متاع البيت الذي يتعاطاه الناس بينهم من الفأس والدلو والحبل والقمر وما أشبه ذلك وأما المعير فلا يعتبر فيه الا كونه مائكا للعارية اما لقبها واما المنفعة والظاهر أنها لاتصح من المستعير أعني أن يعيرها وأما العارية فتكون في الدور والارضين والحيوان وجميع ما يعرف بعينه اذا كانت منفعة مباحة الاستعمال ولذلك لا يجوز اباحة الجوارى للاستمتاع ويكره للاستخدام الآن تكون ذامحرم وأما صيغة الاعارة فهي كل لفظ يدل على الاذن وهي عقبا تز عند الشافعي وأبي حنيفة أي للعيان يسترد عارته اذا شاء وقال مالك في المشهور ليس لاسترجاعها قبل الانتفاع وان شرط مدة مالم يمتد تلك المدة وان لم يشترط مدة لزمه من المدة ما يرى الناس انه مدة لمثل تلك العارية وسبب الخلاف ما يوجد فيها من شبه العقود اللازمة وغير اللازمة وأما الأحكام فكثيرة وأشهرها هل هي مضمونة أو أمانة فمنهم من قال انها مضمونة وان قامت البيينة على تلفها وهو قول أشهب والشافعي وأحمد قولي مالك ومنهم من قال تقيض هذا وهو أنها ليست مضمونة أصلا وهو قول أبي حنيفة ومنهم من قال يضمن فيما يغاب عليه اذا لم يكن على التلف بيينة ولا يضمن فيما لا يغاب عليه ولا فيما قامت البيينة على تلفه وهو منهج مالك المشهور وابن القاسم وأكثر أصحابه وسبب الخلاف تعارض الآثار في ذلك وذلك انه ورد في الحديث الثابت أنه قال عليه السلام لصفوان بن أمية بل عارية مضمونة مؤداة وفي بعضها بل عارية مؤداة وروى عنه أنه قال ليس على المستعير ضمان فمن رجح وأخذ بهذا أسقط الضمان عنه ومن أخذ بحديث صفوان بن أمية ألزمه الضمان ومن ذهب منهج الجمع فرق بين ما يغاب عليه وبين ما لا يغاب عليه فحمل هذا الضمان على ما يغاب عليه والحديث الآخر على ما لا يغاب عليه الآن الحديث الذي فيه ليس على المستعير ضمان غير مشهور وحديث صفوان صحيح ومن لم ير الضمان شبهها بالوديعة ومن فرق قال الوديعة مقبوضة لمنفعة الدافع والعارية لمنفعة القابض وأنفقوا في الاجارة على أنها غير مضمونة أعني الشافعي وأبا حنيفة ومالك وابن القاسم اذا سلم أنه لا ضمان عليه في الاجارة لا يكون ضمان في العارية ان سلم أن سبب الضمان هو الانتفاع لانه اذا لم يضمن حيث قبض لمنفعتهما فأحرى أن لا يضمن حيث قبض لمنفعته اذا كانت منفعة الدافع مؤثرة في اسقاط الضمان واختلفوا اذا شرط الضمان فقال قوم يضمن وقال قوم لا يضمن والشرط باطل ويحییء على قول مالك اذا اشترط الضمان في الموضع الذي لا يجب فيه عليه الضمان أن يلزم اجارة المثل في استعماله

العارية لان الشرط يخرج العارية عن حكم العارية الى باب الاجارة الفاسدة اذا كان صاحبها لم يرض أن يعبرها الا بأن يخرجها في ضمانه فهو عوض مجهول فيجب أن يرد الى معلوم واختلف عن مالك والشافعي اذا غرس المستعير وبني ثم انقضت المدة التي استعارها فقال مالك المالك بالخيار ان شاء اخذ المستعير بقلع غراسه وبنائه وان شاء اعطاه قيمته مقلوعا اذا كان بماله قيمة بعد القلع وسواء عند مالك انقضت المدة المحدودة بالشرط أو بالعرف والعادة وقال الشافعي اذا لم يشترط عليه القلع فليس له مطالبة بالقلع بل بخبر المعير بأن يبقيه بأجر يعطاه أو ينقص بارش أو يملك ببذل فأبها أراد المعير أجره عليه المستعير فان أبى كلف تفريغ المالك وفي جواز بيعه للنقص عنده خلاف لانه معرض للنقص فرأى الشافعي ان اخذ المستعير بالقلع دون أرض هو ظلم ورأى مالك أن عليه اخلاء المحل وأن العرف في ذلك يتنزل منزلة الشروط وعند مالك أنه ان استعمل العارية استعمالا ينقصها عن الاستعمال المأذون فيه ضمن مانقصها بالاستعمال واختلفوا من هذا الباب في الرجل يسأل جاره أن يعيره جداره ليغرز فيه خشبة لمنفعته ولا تضر صاحب الجدار وبالجملة في كل ما ينتفع به المستعير ولا يضر على المعير فيه فقال مالك وأبو حنيفة لا يقضي عليه بهاذ العارية لا يقضى بها وقال الشافعي وأحمد وأبو ثور ودาวود وجاعة أهل الحديث يقضى بذلك ويحتجهم ما خرجه مالك عن ابن شهاب عن الاعرج عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يمنع أحدكم جاره أن يغرز خشبة في جداره ثم يقول أبو هريرة ما لي أراكم عنها معرضين والله لأرمين بها بين أكافكم واحتجوا أيضا بما رواه مالك عن عمر بن الخطاب أن الضحاك بن قيس ساق خليفه جاره من العريض فأراد أن يمر به في أرض محمد بن مسleme فأبى محمد فقال له الضحاك أنت تمنعني وهو لك منفعة تسقي منه أولا وآخرا ولا يضرك فأبى محمد فكلم فيه الضحاك عمر بن الخطاب فدعا عمر محمد بن مسleme فأمره أن يخل سبيله قال محمد لا فقال عمر لا تمنع أخاك ما ينفعه ولا يضرك فقال محمد لا فقال عمر والله ليمرن به ولعلى بطنك فأمره عمر أن يمر به ففعل الضحاك وكذلك حديث عمر بن يحيى المازني عن أبيه أنه قال كان في حائط جدى ربيع لعبد الرحمن بن عوف فأراد أن يحوله الى ناحية من الحائط فمنعه صاحب الحائط فكلم عمر بن الخطاب فقضى لعبد الرحمن بن عوف بتحويله وقد عدل الشافعي مالك الا دخاله هذه الاحاديث في موطنه وتركه الاخذ بها وعمدة مالك وأبو حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام لا يحل مال امرئ مسلم الا عن طيب نفس منه وعند الغير ان عموم هذا يخص بهذه الاحاديث وبخاصة حديث أبي هريرة وعند مالك أنها محمولة على الندب وأنه اذا أمكن أن تكون مخصصة وأن تكون على الندب فحملها على الندب أولى لان بناء العام على الخاص انما يجب اذا لم يمكن بينهما جمع ووقع التعارض وروى أصبغ عن ابن القاسم أنه لا يؤخذ بقضاء عمر على محمد بن مسleme في الخليج ويؤخذ بقضائه لعبد الرحمن بن عوف في تحويل الربيع وذلك انه رأى أن تحويل الربيع أيسر من أن يمر عليه بطريق لم يكن قبل وهذا القول كاف بحسب غرضنا

بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

كتاب الغصب

وفيه بابان الاول في الضمان وفيه ثلاثة أركان الاول الموجب للضمان والثاني مافيه الضمان والثالث

الواجب وأما الباب الثاني فهو في الطوارئ على المقصوب

﴿ الباب الاول ﴾

(الركن الاول) وأما الموجب للضمان فهو اما المباشرة لاختلاف المال المقصوب أو لاتلافه واما المباشرة للسبب المتلف واما اثبات اليد عليه واختلفوا في السبب الذي يحصل بمباشرة الضمان اذا تناول التالف بواسطة سبب آخر هل يحصل به ضمان أم لا وذلك مثل أن يفتح قفصا فيه طائر فيطير بعد الفتح فقال مالك يضمنه هاجه على الطيران أو لم يهجه وقال أبو حنيفة لا يضمن على حال وقرى الشافعي بين أن يهجه على الطيران أو لا يهجه فقال يضمن ان هاجه ولا يضمن ان لم يهجه ومن هذا من حفر بئرا فسقط فيه شيء فهلك فمالك والشافعي يقولان ان حفره بحيث أن يكون حفره تعديا ضمن ماتلف فيه والام يضمن ويحجي على أصل أبي حنيفة انه لا يضمن في مسئلة الطائر وهل يشترط في المباشرة العمد أو لا يشترط فالأشهر ان الأموال تضمن عمدا وخطأ وان كانوا قد اختلفوا في مسائل جزئية من هذا الباب وهل يشترط فيه أن يكون مختارا فالعلوم عن الشافعي أنه يشترط أن يكون مختارا ولذلك رأى على المكره الضمان أعني المكره على التلاف (الركن الثاني) وأما ما يجب فيه الضمان فهو كل مال أتلفت عينه أو تلفت عند الغاصب عينه بأمر من السماء أو سلبت اليد عليه وتلك وذلك فيما ينقل ويحول باتفاق واختلفوا فيما لا ينقل ولا يحول مثل العقار فقال الجمهور انها تضمن بالغصب أعني أن هان انهدمت الدار ضمن قيمتها وقال أبو حنيفة لا يضمن وسبب اختلافهم هل كون يد الغاصب على العقار مثل كون يده على ما ينقل ويحول فمن جعل حكم ذلك واحدا قال بالضمان ومن لم يجعل حكم ذلك واحدا قال لا ضمان

(الركن الثالث) وهو الواجب في الغصب والواجب على الغاصب ان كان المال قائما عنده بعينه لم تدخل زيادة ولا نقصان أن يرده بعينه وهذا لا خلاف فيه فاذا ذهب عينه فانهم اتفقوا على أنه اذا كان مكيلا أو موزنا ان على الغاصب المثل أعني مثل ما استهلك صفة ووزنا واختلفوا في العروض فقال مالك لا يقضى في العروض من الحيوان وغيره الا بالقية يوم استهلك وقال الشافعي وأبو حنيفة ودادوا الواجب في ذلك المثل ولا تلزم القية الا عند عدم المثل وعمدة مالك حديث أبي هريرة المشهور عن النبي صلى الله عليه وسلم من أعتق شقصا له في عبد قوم عليه الباقي فبيعة العبد الحديث ووجه الدليل منه أنه لم يلزمه المثل وألزمه القية وعمدة الطائفة الثانية قوله تعالى (جزاء مثل ما قتل من النعم) ولأن منفعة الشيء قد تكون هي المقصودة عند المتعدي عليه ومن الخجة لهم ما أخرجه أبو داود من حديث أنس وغيره أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان عند بعض نسائه فأرسلت إحدى أمهات المؤمنين جارية بقصعة لها فيها طعام قال ففرضت بيدها فكسرت القصعة فأخذ النبي صلى الله عليه وسلم الكسرتين فضم أحدهما الى الأخرى وجعل فيها جميع الطعام ويقول غارت أمكم كلوا كلوا حتى جاءت فصعنها التي في يدها وحبس رسول الله صلى الله عليه وسلم القصعة حتى فرغوا فدفع القصعة الصحيحة الى الرسول وحبس المكسورة في بيته وفي حديث آخر أن عائشة كانت هي التي غارت وكسرت الاناء وأنها قالت لرسول الله صلى الله عليه وسلم ما كفارة ما صنعت قال اناء مثل اناء وطعام مثل طعام

﴿ الباب الثاني في الطوارئ ﴾

والطوارئ على المصوب اما زيادة واما نقصان وهذا ان امان قبل المخلوق واما من قبل الخالق
فأما النقصان الذي يكون بأمر من السماء فإنه ليس له الا أن يأخذه ناقصاً أو يضمه قيمته يوم الغصب
وقيل ان له أن يأخذ ويضمن الغاصب قيمة العيب وأما ان كان النقص بجناية الغاصب فالمغصوب مخير
في المذهب بين أن يضمه القيمة يوم الغصب أو يأخذه ومانقصة الجناية يوم الجناية عند ابن القاسم
وعند سحنون مانقصة الجناية يوم الغصب وذهباً شهب الى أنه مخير بين أن يضمه القيمة أو يأخذه
ناقصاً ولا شيء له في الجناية كالذي يصاب بأمر من السماء واليه ذهب ابن المواز والسبب في هذا الاختلاف
ان من جعل المغصوب مضموناً على الغاصب بالقيمة يوم الغصب جعل ما حدث فيه من نماء أو نقصان كأنه
حدث في ملك صحيح فأوجب له الغلة ولم يوجب عليه في النقصان شيئاً سواء كان من سببه أو من عند الله
وهو قياس قول أبي حنيفة وبالجملة فقياس قول من يضمه قيمته يوم الغصب فقط ومن جعل المغصوب
مضموناً على الغاصب بقيته في كل أو ان كانت يده عليه آخذه بأرفع القيم وأوجب عليه رد الغلة وضمان
النقصان سواء كان من فعله أو من عند الله وهو قول الشافعي وأقياس قوله ومن فرق بين الجناية التي
تكون من الغاصب وبين الجناية التي تكون بأمر من السماء وهو مشهور مذهب مالك وابن القاسم
فعنده قياس الشبه لان رأى ان جناية الغاصب على الشيء الذي غصبه هو غصب ثان متكرر منه كالأجنبي
عليه وهو في ملك صاحبه فهذا هو نكتة الاختلاف في هذا الباب فقفت عليه وأما ان كانت الجناية عند
الغاصب من غير فعل الغاصب فالمغصوب مخير بين أن يضم الغاصب القيمة يوم الغصب ويتبع الغاصب
الجاني وبين أن يترك الغاصب ويتبع الجاني بحكم الجنائيات فهذا حكم الجنائيات على العين في يد الغاصب
وأما الجناية على العين من غير أن يغصبها غاصب فانها تنقسم عندما ملك الى قسمين جناية تبطل يسراً من
المنفعة والمقصود من الشيء باق فهذا يجب فيه مانقص يوم الجناية وذلك بان يقوم صحيحاً يقوم بالجناية
فيعطى ما بين القيمتين وأما ان كانت الجناية مما تبطل الغرض المقصود فان صاحبه يكون مخيراً ان شاء
أسلمه للجاني وأخذ قيمته وان شاء أخذ قيمة الجناية وقال الشافعي وأبو حنيفة ليس له الا قيمة الجناية
وسبب الاختلاف الالتفات الى الحل على الغاصب وتشبيهه اتلاف أكثر المنفعة باتلاف العين وأما التمام
فانه على قسمين أحدهما أن يكون بفعل الله كالصغير يكبر والمهزول يسمن والعيب يذهب والثاني
أن يكون مما أحدثه الغاصب فأما الأول فانه ليس بفوت وأما التمام بما أحدثه الغاصب في الشيء المغصوب
فانه ينقسم فيما رواه ابن القاسم عن مالك الى قسمين أحدهما أن يكون قد جعل فيه من ماله ماله عين
قائمة كالصبي في الثوب والنقش في البناء وما أشبه ذلك والثاني أن لا يكون قد جعل فيه من ماله سوى
العمل كالخياطة والنسيج وطحن الخنطة والخشبة يعمل منها توايت فأما الوجه الأول وهو أن يجعل
فيه من ماله ماله عين قائمة فانه ينقسم الى قسمين أحدهما أن يكون ذلك الشيء مما يمكنه اعادته على حاله
كالبقعة بينها وما أشبه ذلك والثاني أن لا يقدر على اعادته كالثوب يصبغه والسويق يبلته فأما الوجه
الأول فالمغصوب منه مخير بين أن يأمر الغاصب باعادة البقعة على حاله ازالة ماله فيها مما جعله من نقض
أو غيره وبين أن يعطي الغاصب قيمة ماله فيها من النقص مقلوعاً بعد سطأ حجر القلع وهذا اذا كان الغاصب
عن لا يتولى ذلك بنفسه ولا بغيره وانما يستأجر عليه وقيل انه لا يحط من ذلك أجر القلع هذا ان كانت

له قيمة وأما ان لم تكن له قيمة لم يكن للغاصب على المغموص فيه شيء لأن من حق المغموص أن يعينه له الغاصب ما غصب منه على هيئته فإن لم يطالبه بذلك لم يكن له مقال وأما الوجه الثاني فهو فيه غير بين أن يدفع قيمة الصبغ وما أشبهه ويأخذ ثوبه وبين أن يضمه قيمة الثوب يوم غصبه إلا في السويق الذي يئله في السمن وما أشبه ذلك من الطعام فلا يخبر فيه لما يدخله من الربا ويكون ذلك فوائدهم للغاصب فيه المثل أو القيمة فيما لا مثله له وأما الوجه الثاني من التقسيم الأول وهو أن لا يكون أحدث الغاصب فيما أحدثه في الشيء المغموص سوى العمل فإن ذلك أيضا ينقسم قسمين أحدهما أن يكون ذلك يسيرا لا ينتقل به الشيء عن اسمه بمنزلة الخياطة في الثوب أو الرغول والثاني أن يكون العمل كثيرا ينتقل به الشيء المغموص عن اسمه كالخشب يعمل منها تابوت أو القمح يطحنه والغزل ينسجه والفضة يصوغها حيايا أو دراهم فأما الوجه الأول فلا حق فيه للغاصب ويأخذ المغموص منه الشيء المغموص معمولا وأما الوجه الثاني فهو فوت يلزم الغاصب قيمة الشيء المغموص يوم غصبه أو مثله في ماله مثل هذا تفصيل منهج ابن القاسم في هذا المعنى وأشبه يجعل ذلك كله للمغموص أصله مسألة البنين فيقول أنه لا حق للغاصب فيما لا يقدر على أخذه من الصبغ والرغول والنسيج والدباغ والطحين وقد روى عن ابن عباس أن الصبغ تفويت يلزم الغاصب فيه القيمة يوم الغصب وقد قيل انهما يكونان شريكين هذا بقية الصبغ وهذا بقية الثوب ان أبي ربه الثوب أن يدفع قيمة الصبغ وان أبي الغاصب أن يدفع قيمة الثوب وهذا القول أكره ابن القاسم في المدونة في كتاب اللقطة وقال ان الشركة لا تكون إلا فيما كان بوجه شبه جلية وقول الشافعي في الصبغ مثل قول ابن القاسم إلا أنه يحجز الشركة بينهما ويقول أنه يؤمر الغاصب ببيع الصبغ ان أمكنه وان نقص الثوب ويضمن للمغموص بمقدار النقصان وأصول الشرع تقتضي أن لا يستحل مال الغاصب من أجل غصبه وسواء كان منفعة أو عينا إلا أن يحتج بحجج بقوله عليه الصلاة والسلام ليس لعرق ظالم حق لكن هذا يحمل ومفهومه الأول أنه ليس له منفعة متولدة بين ماله وبين الشيء الذي غصبه أعنى ماله المتعلق بالمغموص فهذا هو حكم الواجب في عين المغموص تغير أو لم يتغير وأما حكم غلته فاختلف في ذلك في المنهب على قولين أحدهما أن حكم الغلة حكم الشيء المغموص والثاني أن حكمها بخلاف الشيء المغموص فن ذهب إلى أن حكمها حكم الشيء المغموص وبه قال أشهب من أصحاب مالك يقول إنما تلزمه الغلة يوم قبضها أو أكثر مما انتهت إليه قيمتها على قول من يرى أن الغاصب يلزمه أرفع القيم من يوم غصبها لاقية الشيء المغموص يوم الغصب وأما الذين ذهبوا إلى أن حكم الغلة بخلاف حكم الشيء المغموص فاختلفوا في حكمها اختلافا كثيرا بعد اتفاقهم على أنها ان تلفت بينة أنه لا ضمان على الغاصب وأنه ان ادعى تلفها لم يصدق وان كان عمالا يغاب عليه وتحصيل منهج هؤلاء في حكم الغلة هو أن الغل تنقسم إلى ثلاثة أقسام أحدها غلة متولدة عن الشيء المغموص على نوعه وخلقته وهو الولد وغلة متولدة عن الشيء لأعلى صورته وهو مثل الثمر ولبن الماشية وجبنها وصوفها وغل غير متولدة بل هي منافع وهي الأكرية وأخرجات وما أشبه ذلك فأما ما كان على خلقته وصورته فلا خلاف أعلمه ان الغاصب يرد له كالأول مع الام المغموص به وان كان ولد الغاصب وإنما اختلفوا في ذلك اذا مات الام فقال مالك هو خير بين الولد

وقية الام وقال الشافعي بل يرد الولى وقية الام وهو القياس وأما ان كان متولدا على غير خلقه الاصل وصورته ففيه قولان أحدهما أن للغاصب ذلك المتولد والثاني انه يلزمه رده مع الشيء المغصوب ان كان قائما وقيمتها ان ادعى تلفها ولم يعرف ذلك الا من قوله فان تلف الشيء المغصوب كان بخيرا بين أن يضمه بقيمته ولا شيء له في الغلة وبين أن يأخذ به الغلة ولا شيء له من القيمة وأما ما كان غير متولد فاختلّفوا فيه على خمسة أقوال أحدها أنه لا يلزمه رده جلة من غير تفصيل والثاني أنه يلزمه رده من غير تفصيل أيضا والثالث أنه يلزمه الرد ان أكرى ولا يلزمه الرد ان انتفع أو عطل والرابع يلزمه ان أكرى أو انتفع ولا يلزمه ان عطل والخامس الفرق بين الحيوان والاصول أعني أنه يرد قية منافع الاصول ولا يرد قية منافع الحيوان وهذا كله فيما اغتيل من العين المغصوبة مع عينها وقيامها وأما ما اغتيل منها بتصرفها وتحويل عينها كالذناير فيقتصبها فيتجر بها فيربح فالغلة له قول واحد في المذهب وقال قوم الربح للمغصوب وهذا أيضا اذا قصد غصب الاصل وأما اذا قصد غصب الغلة دون الاصل فهو ضامن للغلة باطلاق ولا خلاف في ذلك سواء عطل أو انتفع أو أكرى كان عمارا له أو بما لا يزال به وقال أبو حنيفة انه من تعدى على دابة رجل فركبها أو حمل عليها فلا كراء عليه في ركوبه إياها ولا في جلة لانه ضامن لها ان تلفت في تعديبه وهذا قوله في كل ما ينقل ويحول فانه لما رأى أنه قد ضمنه بالتعدي وصار في ذمته جازت له المنفعة كما تقول للمالكية فيما تجر به من المال المغصوب وان كان الفرق بينهما ان الذي تجر به تحوّل عينه وهذا لم تحوّل عينه وسبب اختلافهم في هل يرد الغاصب الغلة أو لا يردها اختلافهم في تعميم قوله عليه الصلاة والسلام الخراج بالضمان وقوله عليه الصلاة والسلام ليس لعرق ظالم حق وذلك أن قوله عليه الصلاة والسلام هذا يخرج على سبب وهو في غلام قيم فيه يعيب فأراد الذي صرف عليه أن يرد المشتري غلته وإذا خرج العام على سبب هل يقصر على سببه أم يحمل على عموميه فيه خلاف بين فقهاء الأمصار مشهور فمن قصر ههنا هذا الحكم على سببه قال انما تجب الغلة من قبل الضمان فيما صار الى الانسان بشبهة مثل أن يشتري شيئا فيستغله فيستحق منه وأما ما صار اليه بغير وجه شبه فلا تجوز له الغلة لأنه ظالم وليس لعرق ظالم حق فعلم هذا الحديث في الأجل والغلة أعني عموم هذا الحديث وخصص الثاني وأما من عكس الامر فعلم قوله عليه الصلاة والسلام الخراج بالضمان على أكثر من السبب الذي خرج عليه وخصص قوله عليه السلام ليس لعرق ظالم حق بأن جعل ذلك في الرقبة دون الغلة قال لا يرد الغلة الغاصب وأما من المعنى كما تقدم من قولنا فالقياس أن تجرى المنافع والأعيان المتولدة مجرى واحد أو أن يعتبر التضمين أو لا يعتبر وأما سائر الأقاويل التي بين هذين فهي استحسان وأجمع العلماء على أن من اغترب نخلا أو ثمرا وبالجملة نباتا في غير أرضه أنه يؤمر بالقلع لما ثبت من حديث مالك عن هشام بن عروة عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من أحيأ أرضا ميتة فهي له وليس لعرق ظالم حق والعرق الظالم عندهم هو ما اغترب في أرض الغير وروى أبو داود في هذا الحديث زيادة قال عروة ولقد حدثني الذي حدثني هذا الحديث أن رجلا من اخوتنا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم غرس أحدهما نخلا في أرض الآخر ففضى لصاحب الأرض بأرضه وأمر صاحب النخل أن يخرج نخله منها قال فقلقد رأيتها وانها تضرب أصولها بالقبووس وانها لنخل عم حتى أخرجت منها الاماروى في المشهور عن مالك ان من زرع زرعاً

في أرض غيره وفات وأن زراعته لم يكن لصاحب الأرض أن يقطع زرعه وكان على الزارع كراء الأرض وقسروى عنه ما يشبه قياس قول الجمهور وعلى قوله أن كل ما لا ينتفع الغاصب به إذا قلعه وأزاله أنه للغصوب يكون الزرع على هذا المزارع وفرق قوم بين الزرع والثمار فقالوا الزارع في أرض غيره له نفقته وزرعيته وهو قول كثير من أهل المدينة وبه قال أبو عبيد وروى عن رافع بن خديج أنه قال عليه الصلاة والسلام من زرع في أرض قوم بغير إذنهم فله نفقته وليس له من الزرع شيء واختلف العلماء في القضاء فيما أفسدته المواشي والذواب على أربعة أقوال أحدها أن كل دابة مرسلة فصاحبها ضامن لما أفسدته والثاني أن لضمان عليه والثالث أن الضمان على أرباب البهائم بالليل ولا ضمان عليهم فيما أفسدته بالنهار والرابع وجوب الضمان في غير المنقلت ولا ضمان في المنقلت وبمن قال يضمن بالليل ولا يضمن بالنهار مالك والشافعي وبأن لا ضمان عليهم أصلاً قال أبو حنيفة وأصحابه وبالضمان باطلاق قال الليث إلا أن الليث قال لا يضمن أكثر من قبة المشاة والقول الرابع مروى عن عمر رضي الله عنه فعمدة مالك والشافعي في هذا الباب شيان أحدهما قوله تعالى (وداود وسليمان إذ يحكمان في الحرة إذ نفثت فيه غم القوم) والنفس عند أهل اللغة لا يكون إلا بالليل وهذا الاحتجاج على من ذهب من يرى أن المخطاطين بشرع من قبلنا والثاني مرسله عن ابن شهاب أن ناقة للبراء بن عازب دخلت حائط قوم فأفسدت فيه فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن على أهل الحوائط بالنهار حفظها وإن ما أفسدته المواشي بالليل ضامن على أهلها أي مضمون وعمدة أبي حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام الجعاء جرحها جبار وقال الطحاوي وتحقيق من ذهب إلى حنيفة أنه لا يضمن إذا أرسلها محفوفة فأما إذا لم يرسلها محفوفة فيضمن والمالكية تقول من شرط قولنا أن تكون الغنم في المشرح وأما إذا كانت في أرض مزرعة لا مشرح فيها فهم يضمنون ليلاً ونهاراً وعمدة من رأى الضمان فيما أفسدت ليلاً ونهاراً شهادة الأصول له وذلك أنه تعد من الرسل والأصول على أن على المتعدي الضمان ووجه من فرق بين المنقلت وغير المنقلت بين أن المنقلت لا يملك فسبب الخلاف في هذا الباب معارضة الأصل للسمع ومعارضة السماع ببعضه لبعض أعني أن الأصل يعارض جرح الجعاء جباراً ويعارض أيضاً التفرقة التي في حديث البراء تعارض أيضاً قوله جرح الجعاء جبار ومن مسائل هذا الباب المشهورة اختلافهم في حكم ما يصاب من أعضاء الحيوان فروى عن عمر بن الخطاب أنه قضى في عين الدابة برع ثمنها وكتب إلى شريح فأمره بذلك وبه قال الكوفيون وقضى به عمر بن عبد العزيز وقال الشافعي ومالك يلزم فيما أصيب من البهية ما نقص في ثمنها قياساً على التعدي في الأموال والكوفيون اعتدوا في ذلك على قول عمر رضي الله عنه وقالوا إذا قال صاحب قولاً ولا يخالفه من الصحابة وقوله مع هذا الخلف للقياس وجب العمل به لأنه يعلم أنه انحصار إلى القول به من جهة التوقيف فسبب الخلاف إذا معارضة القياس وجب صاحب ومن هذا الباب اختلافهم في الجمل الصول وما أشبهه يخاف الرجل على نفسه فيقتله هل يجب عليه غرمه أم لا فقال مالك والشافعي لا غرم عليه إذا بان أنه خافه على نفسه وقال أبو حنيفة والثوري يضمن قيمته على كل حال وعمدة من لم ير الضمان القياس على من قصد رجلاً فأراد قتله فدافع المقصود عن نفسه فقتل في المدافعة القاصد المتعدي أنه ليس عليه قود وإذا كان ذلك في النفس كان في المال

أحرى لان النفس أعظم حرمة من المال وقياساً أيضاً على اهدار دم الصيد الحريمى اذا مال وبه تمسك
 حذاق أصحاب الشافعى وعمدة أبى حنيفة ان الاموال تضمن بالضرورة اليها أصله المضطر الى طعام الغير
 ولا حرمة للبائع من جهة ما هو دون نفس ومن هذا الباب اختلافهم فى المكرهه على الزنا هل على مكرهها
 مع الحد صدق أم لا فقال مالك والشافعى والليث عليه الصداق والحد جميعاً وقال أبو حنيفة والثورى
 عليه الحد ولا صدق عليه وهو قول ابن شبرمة وعمدة مالك أنه وجب عليه حقان حق الله وحق لآدمى
 فلم يسقط أحدهما الآخر أصله السرقة التى يجب بها عندهم غرم المال والقطع وأما من لم يوجب الصداق
 فتعلق فى ذلك بمعنيين أحدهما أنه اذا اجتمع حقان حق الله وحق للمخلوق سقط حق المخلوق لحق الله
 وهذا على رأى الكوفيين فى أنه لا يجمع على السارق غرم وقطع والمعنى الثانى أن الصداق ليس مقابل
 البضع وإنما هو عبادة اذا كان النكاح شرعياً واذا كان ذلك كذلك فلا صدق فى النكاح الذى على غير
 الشرع ومن مسائلهم المشهورة فى هذا الباب من غصب اسطوانة فبنى عليها بناء يساوى قائماً أضعاف قيمة
 الاسطوانة فقال مالك والشافعى يحكم على الغاصب بالهدم وبأخذ المصوب منه اسطوانته وقال أبو حنيفة
 تقوت بالقية كقول مالك فبني غير المصوب بصناعة طاقية كثيرة وعند الشافعى لا يفوت المصوب
 بشئ من الزيادة وههنا انقضى هذا الكتاب

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً ﴾

﴿ كتاب الاستحقاق ﴾

وجل النظر فى هذا الكتاب هو فى أحكام الاستحقاق وتحصيل أصول أحكام هذا الكتاب أن الشئ
 المستحق من يد انسان بما تثبت به الأشياء فى الشرع لمستحقها اذا صار الى ذلك الانسان الذى استحق
 من يده الشئ المستحق بشرائه أنه لا يخلو من أن يستحق من ذلك الشئ أقله أو كله ثم اذا استحق منه
 كله أو جله فلا يخلو أن يكون قد تغير عند الذى هو بيده بزيادة أو نقصان أو يكون لم يتغير ثم لا يخلو أيضاً
 أن يكون المستحق منه قد اشتراه بثمن أو مضمون فأما ان كان استحق منه أقله فإنه انما يرجع عند مالك
 على الذى اشتراه منه بقيمة ما استحق من يده وليس له أن يرجع بالجميع وأما ان كان استحق كله أو جله
 فإن كان لم يتغير أخذه المستحق ورجع المستحق من يده على الذى اشتراه منه بثمن ما اشتراه منه
 ان كان اشتراه بثمن وان كان اشتراه بالمضمون رجع بالمضمون بعينه ان كان لم يتغير فان تغير تغيراً يوجب
 اختلاف قيمته رجع بقيمته يوم الشراء وان كان المال المستحق قد بيع فان للمستحق أن يعضى البيع
 ويأخذ الثمن أو يأخذه بعينه فهذا حكم المستحق والمستحق من يده ما لم يتغير الشئ المستحق فان تغير
 الشئ المستحق فلا يخلو أن يتغير بزيادة أو نقصان فأما ان كان تغير بزيادة فلا يخلو أن يتغير بزيادة من
 قبل الذى استحق من يده الشئ أو بزيادة من ذات الشئ فأما الزيادة من ذات الشئ فبأخذها المستحق
 مثل أن تسمن الجارية أو يكبر الغلام وأما الزيادة من قبل المستحق منه فمثل أن يشتري الدار فيبنى فيها
 فتستحق من يده فإنه خير بين أن يدفع قيمة الزيادة ويأخذ ما استحقه وبين أن يدفع اليه المستحق من
 يده قيمة ما استحق أو يكونا شرئاً يكن هذا بقدر قيمة ما استحق من يده وهذا بقدر قيمة ما بنى أو ما غرس
 وهو قضاء عمر بن الخطاب وأما ان كانت الزيادة ولادة من قبل المستحق منه مثل أن يشتري أمة فيولدها

ثم تستحق منه أو يزوجه على أنها حرة فتخرج أمة فانهم اتفقوا على أن المستحق ليس له أن يأخذ أعيان الولد واختلافوا في أخذ قيمتهم وأما المام فقيل يأخذها بعينها وقيل يأخذ قيمتها وأما أن كان الولد بنكاح فاستحققت بعبودية فلا خلاف أن لسيدها أن يأخذها ويرجع الزوج بالصداق على من غره وإذا أئزمنه قيمة الولد لم يرجع بذلك على من غره لأن الغرور لم يتعلق بالولد وأما غلة الشيء المستحق فانه إذا كان ضامنا بشبهة ملك فلا خلاف أن الغلة للمستحق منه وأعني بالضمان أنها تكون من خسارته إذا هلك عندده وأما إذا كان غير ضامن مثل أن يكون وارثا فيطرد عليه وارث آخر فيستحق بعض ما في يده فانه يرد الغلة وأما أن كان غير ضامن إلا أنه ادعى في ذلك ثمنًا مثل العبد يستحق بحرية فانه وإن هلك عنده يرجع بالثمن ففيه قولان أنه لا يضمن إذا لم يجد على من يرجع ويضمن إذا وجد على من يرجع وأما من أي وقت تصح الغلة للمستحق فقيل يوم الحكم وقيل من يوم ثبوت الحق وقيل من يوم توقيفه وإذا قلنا أن الغلة تجب للمستحق في أحد هذه الاوقات الثلاثة فإذا كانت أصولا فيها ثمر فأدرك هذا الوقت الثمر ولم يقطف بعده فقيل إنها للمستحق ما لم تقطف وقيل ما لم تيسر وقيل ما لم يطب ويرجع عليه بما سقى وعالج المستحق من يديه وهذا إن كان اشترى الاصول قبل الابار وأما أن كان اشتراها بعد الابار فالثمر للمستحق عند ابن القاسم إن جلت و يرجع بالسقي والعلاج وقال أشهب هي للمستحق ما لم تجرد والارض إذا استحققت فالكراء انما هو للمستحق إن وقع الاستحقاق في ابار زريعة الارض وأما إذا خرج الابان فقد وجب كراء الارض للمستحق منه وأما أن كان تغير بنقصان فان كان من غير سبب المستحق من يديه فلائش على المستحق من يديه وأما أن كان أخذ له ثمنًا مثل أن يهدم الدار فيبيع ثمنها ثم يستحقها من يده رجل آخر فانه يرجع عليه ثمن ما باع من النقص قال القاضي ولم أجد في هذا الباب خلافاً يعقده عليه فيما نقلته فيه من مذهب مالك وأصحابه وهي أصولهم في هذا الباب ولكن يجيء على أصول الغير انه إذا كان المستحق مشتري بعرض وكان العرض قد ذهب أن يرجع المستحق من يده بعرض مثله لا بقيته وهم الذين يرون في جميع المتلفات المثل وكذلك يجيء على أصول الغير أن يرجع على المشتري إذا استحق منه قليل أو كثير لأنه لم يدخل على الباقي ولا انعقد عليه بيع ولا وقع به تر ارض كل كتاب الاستحقاق بحمد الله

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم صلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً ﴾

﴿ كتاب الهبات ﴾

والنظر في الهبة في أركانها وفي شروطها وفي أنواعها وفي أحكامها ونحن قائمان بذلك من هذه الاجناس ما فيها من المسائل المشهورة (فنقول) أما الأركان فهي ثلاثة الواهب والموهوب له والهبة أمال الواهب فانهم اتفقوا على انه تجوز هبته إذا كان مالاً كاللوهوب جميع الملك وذلك إذا كان في حال الصحة وحال اطلاق اليد واختلفوا في حال المرض وفي حال السفه والفلس أمال المريض فقال الجمهور انها في ثلثه تشبه بالوصية أعني الهبة التامة بشرطها وقالت طائفة من السلف وجاعة أهل الظاهر ان هبته تخرج من رأس ماله إذا مات ولا خلاف بينهم أنه إذا أصح من مرضه أن الهبة صحيحة وعمدة الجمهور حديث عمران بن حصين عن النبي عليه الصلاة والسلام في الذي أعتق ستة أعبد عند موته فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم فأعتق ثلثهم وأرق الباقي وعمدة أهل الظاهر أكتصحب الحال أعني حال الاجاع

وذلك أنهم لما اتفقوا على جواز هبته في الصحة وجب استصحاب حكم الاجماع في المرض الا أن يدل دليل من كتاب أوسنة دينه والحديث عندهم محمول على الوصية والامراض التي يحجر فيها عند الجمهور هي الامراض المخوفة وكذلك عند مالك الحالات المخوفة مثل الكون بين الصفيين وقرب الحامل من الوضع وراكب البحر المرمج وفيه اختلاف وأما الامراض المزمنة فليس عندهم فيها تحجير وقد تقدم هذا في كتاب الحجر وأما السلفاء والمفسلون فلا خلاف عندهم يقول بالحجر عليهم ان هبتهم غير ماضية وأما الموهوب فكل شيء صح ملكه واتفقوا على أن الانسان ان يهب جميع ماله للأجنبي واختلفوا في تفضيل الرجل بعض ولده على بعض في الهبة أو في هبة جميع ماله لبعضهم دون بعض فقال جمهور فقهاء الامصار بكرهية ذلك له ولكن اذا وقع عندهم جاز وقال أهل الظاهر لا يجوز التفضيل فضلا عن ان يهب بعضهم جميع ماله وقال مالك يجوز التفضيل ولا يجوز ان يهب بعضهم جميع المال دون بعض ودليل أهل الظاهر حديث النعمان بن بشير وهو حديث متفق على صحته وان كان قد اختلف في ألفاظه والحديث أنه قال ان أباه بشيرا أتى به الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اني نخلت ابني هذا غلاما كان لي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أكل ولدك نخلته مثل هذا قال لا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فارتجعه واتفق مالك والبخاري ومسلم على هذا اللفظ قالوا والاربعاء يقتضي بطلان الهبة وفي بعض ألفاظ روايات هذا الحديث أنه قال عليه الصلاة والسلام هذا جور وعمدة الجمهور أن الاجماع منعقد على أن للرجل ان يهب في صحته جميع ماله للأجانب دون أولاده فاذا كان ذلك للأجنبي فهو للولد أخرى واحتجوا بحديث أبي بكر المشهور أنه كان محل عائشة جذاذ عشر بن وسقا من مال الغابة فلما حضرته الوفاة قال والله يا بنية ما من الناس أحدا أحب الى غني بعدي منك ولا أعز علي فقر بعدي منك وان كنت نخلتك جذاذ عشر بن وسقا فلو كنت جذاذتي واحتزيتك كان لك والتمها هو اليوم مال وارث قالوا وذلك الحديث المراد به النذب والدليل على ذلك أن في بعض رواياته ألسنت تريد ان يكون لك والبر واللفظ سواء قال نعم قال فاشهد على هذا غيري وأما مالك فانه رأى أن النهي عن ان يهب الرجل جميع ماله لواحد من ولده هو أخرى ان يحمل على الوجوب فالوجوب عنده مفهوم هذا الحديث النهي عن ان يخص الرجل بعض أولاده بجميع ماله فبسبب الخلاف في هذه المسئلة معارضة القياس للفظ النهي الوارد وذلك أن النهي يقتضي عند الاكثر بصيغته التحريم كما يقتضي الامر بالوجوب فن ذهب الى الجمع بين السماع والقياس جل الحديث على النذب وأخصه في بعض الصور كما فعل مالك ولا خلاف عند القائلين بالقياس أنه يجوز تخصيص عموم السنة بالقياس وكذلك العدول بها عن ظاهرها أعني ان يعدل بلفظ النهي عن مفهوم الجطر الى مفهوم الكراهية وأما أهل الظاهر فلما لم يحجز عندهم القياس في الشرع اعتدوا بظاهر الحديث وقالوا بتحريم التفضيل في الهبة واختلفوا من هذا الباب في جواز هبة المشاع غير المقسوم فقال مالك والشافعي وأحمد وأبو ثور تصح وقال أبو حنيفة لا تصح وعمدة الجماعة أن القبض فيها يصح كالقبض في البيع وعمدة أبي حنيفة أن القبض فيها لا يصح الا مفردة كالرهن ولا خلاف في المنهب في جواز هبة المجهول والمعدوم المتروك الوجود وبالجملة كل ما لا يصح بيعه في الشرع من جهة الفرر وقال الشافعي ما جاز بيعه جازت هبته كالدين ولم يحجز بيعه لم يحجز هبته وكل ما لا يصح قبضه عند الشافعي لا تصح هبته كالدين والرهن وأما الهبة

قلايد من الاجاب فيها والقبول عند الجميع ومن شرط الموهوب له أن يكون ممن يصح قبوله وقبضه وأما الشروط فأشهرها القبض أعنى ان العلماء اختلفوا هل القبض شرط في صحة العقد أم لا فاتفق الثوري والشافعي وأبو حنيفة ان من شرط صحة الهبة القبض وأنه اذا لم يقبض لم يلزم الواهب وقال مالك يتعقد بالقول ويجبر على القبض كالبيع سواء فإن تأتى الموهوب له عن طلب القبض حتى أفلس الواهب أو مرض بطلت الهبة وله اذا باع تفصيل ان علم فتوائى لم يكن له الا التهن وان قام في الفور كان له الموهوب بخالف القبض عنده في الهبة من شروط التمام لا من شروط الصحة وهو عند الشافعي وأبي حنيفة من شروط الصحة وقال أحمد وأبو ثور تصح الهبة بالعقد وليس القبض من شروطها أصلا لا من شرط تمام ولا من شرط صحة وهو قول أهل الظاهر وقسروى عن أحمد بن حنبل ان القبض من شروطها في المكمل والموزون فعمدة من لم يشترط القبض في الهبة تشبيهها بالبيع وأن الاصل في العقود أن لا قبض مشترط في صحتها حتى يقوم الدليل على اشتراط القبض وعمدة من اشترط القبض ان ذلك مروى عن أبي بكر رضى الله عنه في حديثه بته لعاثشة المتقتم وهو نص في اشتراط القبض في صحة الهبة وماروى مالك عن عمر أيضا أنه قال ما بال رجال ينحلون أبناءهم تحلا ثم يسكونها فإن مات ابن أحدهم قال مالى يمدى لم أعطه أحدا وإن مات قال هو لولائى قد كنت أعطيته اياه فنحل تحلة فلم يحجزها الذى تحلها للنحول له وأبقاها حتى تكون ان مات لورثته فهي باطلة وهو قول على قالوا وهو اجماع من الصحابة لانهم ينقل عنهم في ذلك خلاف وأما مالك فاعقد الامر بن جميعا أعنى القياس وماروى عن الصحابة وجع بينهما نحن حيث هي عقد من العقود لم يكن عنده شرطا من شروط صحتها القبض ومن حيث شرطت الصحابة فيه القبض لسد الثريعة التى ذكرها عمر جعل القبض فيها من شرط التمام ومن حق الموهوب له وأنه ان تراخى حتى يفوت القبض بمرض أو افلاس على الواهب سقط حقه وجهور فقهاء الامصار على ان الاب يحوز لابنه الصغير الذى في ولاية نظره وللأكبر السفيه الذى ما وهبه له كايحوز لهما ما وهبه غيره لهم وأنه يكفي في الحيازة له اشهاد الهبة والاعلان بذلك وذلك كله فيما عدا الذهب والفضة وفيما لا يتعين والاصل في ذلك عندهم ما رواه مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أن عثمان بن عفان قال من نحل ابنه صغيرا لم يبلغ ان يحوز تحلته فاعلن ذلك وأشهد عليه فهي حيازة وإن وليها وقال مالك وأصحابه لا بد من الحيازة في المسكون والملبوس فان كانت دارا سكن فيها خرج منها وكذلك الملبوس ان لبسه بطلت الهبة وقالوا في سائر العروض بمثل قول الفقهاء أعنى انه يكفي في ذلك اعلانه واشهاده وأما الذهب والورق فاختلفت الرواية فيه عن مالك فروى عنه أنه لا يجوز الا ان يخرج الاب عن يده الى يد غيره وروى عنه أنه يجوز اذا جعلها في ظرف أو ائاء وختم عليها بخاتم وأشهد على ذلك الشهود ولا خلاف بين أصحاب مالك ان الوصى يقوم في ذلك مقام الاب واختلفوا في الام فقال ابن القاسم لا تقوم مقام الأب ورواه عن مالك وقال غيره من أصحابه تقوم وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي الجد بمنزلة الاب والجدة عند ابن وهب أم الأم تقوم مقام الام والام عندة تقوم مقام الأب

في القول في أنواع الهبات

والهبة منها ماهي هبة عين ومنها ماهي هبة منقعة وهبة العين منها ما يقصد بها الثواب ومنها ما لا يقصد بها

الثواب التي يقصدها الثواب منها ما يقصدها وجه الله ومنها ما يقصده وجه المخلوق فاما الهبة لغير الثواب فلا خلاف في جوازها وانما اختلفوا في أحكامها وأما هبة الثواب فاختلقوا فيها فاجازها مالك وأبو حنيفة ومنعها الشافعي وبه قال داود وأبو ثور وسبب الخلاف هل هي بيع مجهول الثمن أو ليس يباع مجهول الثمن فمن رآه يبيع مجهول الثمن قال هو من يبيع الغرر التي لا تجوز ومن لم ير أنها يبيع مجهول قال يجوز وكأن مالك جعل العرف فيها بمنزلة الشرط وهو ثواب مثلها ولذلك اختلف القول عندهم اذ لم يرض الوهاب بالثواب ما الحكم ف قيل تلازم الهبة اذا أعطاه الموهوب القيمة وقيل لا تلازمه الا ان يرضيه وهو قول عمر على ما سألني بعد فاذا اشترط فيه الرضا فليس هنالك بيع انعقد والاول هو المشهور عن مالك وأما اذا ألزم القيمة فهناك بيع انعقد وانما يحل مالك الهبة على الثواب اذا اختلفوا في ذلك وخصوصا اذا دلت قرينة الحال على ذلك مثل ان يهب الفقير للفقير أو لمن يرى انه انما يقصد بذلك الثواب وأما هبات المنافع فمنها ما هي مؤجلة وهذه تسمى عار يوق منحة ومما شبه ذلك ومنها ما يشترط فيها ما بقيت حياة الموهوب له وهذه تسمى العمرى مثل ان يهب رجل لرجل سكنى دار حياته وهذه اختلف العلماء فيها على ثلاثة أقوال أحدها انها هبة مبتوتة أى انها هبة الرقبة وبه قال الشافعي وأبو حنيفة والثوري وأحد وجاعة والقول الثاني انه ليس للعمر فيها الا المنفعة فاذا ماتت عادت الرقبة للعمر أو الى ورثته وبه قال مالك وأصحابه وعنده انه ان ذكر العقب عادت اذا انقطع العقب الى المعمر أو الى ورثته والقول الثالث انه اذا قال هي عمرى لك ولعقبك كانت الرقبة ملكا للعمر فاذا لم يذكر العقب عادت الرقبة بعد موت المعمر للعمر أو لورثته وبه قال داود وأبو ثور وسبب الخلاف في هذا الباب اختلاف الآثار ومعارضة الشرط والعمل للآثر اما الآثار ففي ذلك حديثان أحدهما متفق على صحته وهو ما رواه مالك عن جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أيما رجل أعمر عمرى له ولعقبه فانها الذي يعطاها لا ترجع الى الذي أعطاه أبدا لأنه أعطى عطاء وقعت فيه الموارث والحديث الثاني حديث أبي الزبير عن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يا معشر الانصار امسكوا عليكم أموالكم ولا تمروها فن أعمر شيأ حياته فهو له حياته ومماته وقد روى عن جابر بلفظ آخر لا تمروا ولا ترقبوا فن أعمر شيأ أو أرقبه فهو لورثته حديث أبي الزبير عن جابر يخالف لشرط المعمر وحديث مالك عنه مخالفا أيضا لشرط المعمر الا انه يخيل انه أقل في المخالفة وذلك ان ذكر العقب يوهم بتبني العطية فن غلب الحديث على الشرط قال بحديث أبي الزبير عن جابر وحديث مالك عن جابر ومن غلب الشرط قال بقول مالك وأما من قال ان العمرى تعود الى المعمر ان لم يذكر العقب ولا تعود ان ذكر فانه أخذ بظاهر الحديث وأما حديث أبي الزبير عن جابر فمختلف فيه أعنى رواية أبي الزبير عن جابر وأما اذا أتى بلفظ الاسكان فقال أسكنتك هذه الدار حياتك فالجمهور على ان الاسكان عندهم أو الاخذام بخلاف العمرى وان لفظ بالعقب فسوى مالك بين التعمير والاسكان وكان الحسن وعطاء وقتادة يسوون بين السكنى والتعمير في انها لا تنصرف الى المسكن أبدا على قول الجمهور في العمرى والحق ان الاسكان والتعمير معنى المفهوم منهما واحد وانه يجب ان يكون الحكم اذا صرح بالعقب مخالفا له اذ لم يصرح بذكر العقب على ما ذهب اليه أهل الظاهر

ومن مسائلهم المشهورة في هذا الباب جواز الاعتصار في الهبة وهو الرجوع فيها فذهب مالك وجهور علماء المدينة أن للاب أن يعتصر ما وهبه لابنه مالم يزوج الابن وألم يستحل دينا وبالجملة مالم يترتب عليه حق الغير وإن للام أيضا أن تعتصر ما وهبت أن كان الأب حيا وقسروى عن مالك أنها لا تعتصر وقال أحمد وأهل الظاهر لا يجوز لأحد أن يعتصر ما وهبه وأوجبوا على أن الهبة التي يراد بها الصدقة أى وجه الله أنه لا يجوز لأحد الرجوع فيها وسبب الخلاف في هذا الباب تعارض الآثار فمن لم ير الاعتصار أصلا احتج بعموم الحديث الثابت وهو قوله عليه الصلاة والسلام العائذ في هبته كالكلب يعود في قبته ومن استثنى الإبرين احتج بحديث طاوس أنه قال عليه الصلاة والسلام لا يحل لواهب أن يرجع في هبته إلا الولد وقاس الأم على الولد وقال الشافعي لو اتصل حديث طاوس لقلت به وقال غيره قد اتصل من طريق حسين المعلم وهو ثقة وأما من أجاز الاعتصار إلا النسوة الرحم المحرمة فاحتج بما رواه مالك عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه قال من وهب هبة لصله رحم أو على جهة صدقة فإنه لا يرجع فيها ومن وهب هبة يرى أنه إنما أراد الثواب بها فهو على هبته يرجع فيها إذا لم يرض منها قالوا أيضا فإن الأصل أن من وهب شيئا عن غير عوض أنه لا يقضى عليه به كالأموال المتفقوا عليه من الهبة على وجه الصدقة وجهور العلماء على أن من تصدق على ابنه فمات الابن بعد أن حازها فإنه يرثها وفي مراسلات مالك أن رجلا أنصاريًا من الخزرج تصدق على أبيه بصدقة فهل كما فورثا بينهما المال وهو نخل فسأل عن ذلك النبي عليه الصلاة والسلام فقال قد أجرت في صدقتك وخذها بيمينك وخروج أبو داود عن عبد الله بن بريدة عن أبيه عن امرأة أنت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت كنت قد تصدقت على أمي بوليدة وأنهارمات وتركك تلك الوليدة فقال صلى الله عليه وسلم وجب أجرك ورجعت إليك بالبراث وقال أهل الظاهر لا يجوز الاعتصار لأحد لعموم قوله عليه الصلاة والسلام لعمر لا تشتره في الفرس الذي تصدق به فإن العائذ في هبته كالكلب يعود في قبته والحديث متفق على محتمه قال القاضي والرجوع في الهبة ليس من محاسن الاخلاق والشارع عليه الصلاة والسلام إنما بعث ليقيم محاسن الاخلاق وهذا القدر كاف في هذا الباب ﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما ﴾

﴿ كتاب الوصايا ﴾

والنظر فيها ينقسم أولا قسمين القسم الأول النظر في الأركان. والثاني في الأحكام ونحن فاعلمناكم من هذه فيما وقع فيها من المسائل المشهورة

﴿ القول في الأركان ﴾

والأركان أربعة الموصى والموصى له والموصى به والوصية أما الموصى فاتفقوا على أنه كل مالك صحيح الملك ويصح عنده مالك وصية السفيه والصبي الذي يعقل القرب وقال أبو حنيفة لا يجوز وصية الصبي الذي لم يبلغ وعن الشافعي القولان وكذلك وصية الكافر تصح عندهم إذا لم يوص بمعصية وأما الموصى له فاتفقوا على أن الوصية لا تجوز لو ارث لقوله عليه الصلاة والسلام لا وصية لوارث واختلفوا هل تجوز لغير القرابة فقال جمهور العلماء أنها تجوز لغير الإبرين مع الكراهية وقال الحسن وطاوس ترد الوصية

على القرابة وبه قال اسحق وحمزة هؤلاء يظهر قوله تعالى (الوصية للوالدين والأقربين) واللقب واللام تقتضى الحصر واحتج الجمهور بحديث عمران بن الحصين المشهور وهو أن رجلاً أعتق ستة أمهات له في مرضه عند موته لئلا يلهيهم فافزع رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهم فاعتق اثنين وأرق أربعة والعبيد غير القرابة واجعوا كما قلنا أنها لا تجوز لو أُرثت إذا لم يجزها الورثة واختلفوا كما قلنا إذا أجازتها الورثة فقال الجمهور تجوز وقال أهل الظاهر والمزني لا تجوز وسبب الخلاف هل المنع لعل الورثة أو عبادة من قال عبادة قال لا تجوز وإن أجازها الورثة ومن قال بالمنع لحق الورثة أجازها إذا أجازها الورثة وتردد هذا الخلاف راجع إلى تردد المفهوم من قوله عليه الصلاة والسلام لا وصية لوارث هل هو معقول المعنى أم ليس بمعقول واختلفوا في الوصية لليت فقال قوم تبطل بموت الموصى له وهم الجمهور وقال قوم لا تبطل وفي الوصية للقاتل خطأ وعمدا وفي هذا الباب فرع مشهور وهو إذا أذن الورثة لليت هل لهم أن يرجعوا في ذلك بعد موته فقيل لهم وقيل ليس لهم وقيل بالفرق بين أن يكون الورثة في عيال الميت ولا يكونوا أعني أنهم إن كانوا في عياله كان لهم الرجوع والثلاثة الأقوال في المنهج

✽ القول في الموصى به ✽

والنظر في جنسه وقدره أما جنسه فانهم اتفقوا على جواز الوصية في الرقاب واختلفوا في المنافع فقال جمهور فقهاء الأمصار ذلك جائز وقال ابن أبي ليلى وابن شبرمة وأهل الظاهر الوصية بالمنافع باطلة وعمدة الجمهور أن المنافع في معنى الأموال وعمدة الطائفة الثانية أن المنافع منتقلة إلى ملك الوارث لأن الميت لا ملك له فلا تصح له وصية بما يوجد في ملك غيره وإلى هذا القول ذهب أبو عمر بن عبد البر وأما القدر فإن العلماء اتفقوا على أنه لا تجوز الوصية في أكثر من الثلث لمن ترك ورثة واختلفوا فيمن لم يترك ورثة وفي القدر المستحب منها هل هو الثلث أو دونه وانما أصل الجميع إلى أن الوصية لا تجوز في أكثر من الثلث لمن له وارث بمأثبات عنه صلى الله عليه وسلم أنه عاصم بن أبي وقاص فقال له يا رسول الله قد بلغ مني الوجع ما ترى وأنا ذومال ولا يرثني إلا ابنتي أفا تصدق بثلاثي مالي فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم لا فقال له سعد فأنشطر قال لا ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الثلث والثلث كثير إنك أن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس فصار الناس لمكان هذا الحديث إلى أن الوصية لا تجوز بأكثر من الثلث واختلفوا في المستحب من ذلك فذهب قوم إلى أنه ما دون الثلث لقوله عليه الصلاة والسلام في هذا الحديث والثلث كثير وقال بهذا كثير من السلف قال قتادة أوصى أبو بكر بالناس وأوصى عمر بالربع والنس أحب إلينا وأما من ذهب إلى أن المستحب هو الثلث فانهم اعتقدوا على ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال إن الله جعل لكم في الوصية ثلثاً أموالكم زيادة في أعمالكم وهذا الحديث ضعيف عند أهل الحديث وثبت عن ابن عباس أنه قال لو غص الناس في الوصية من الثلث إلى الربع لكان أحب إلى لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الثلث والثلث كثير وأما اختلافهم في جواز الوصية بأكثر من الثلث لمن لا وارث له فإن مالكا لا يجيز ذلك والاوزاعي واختلف فيه قول أحد وأجاز ذلك أبو حنيفة واسحق وهو قول ابن مسعود وسبب الخلاف هل هذا الحكم خاص بالعمة التي علة بها الشارع أم ليس بخاص وهو أن لا يترك ورثته عالة يتكففون الناس كما قال عليه الصلاة والسلام

انك أن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكفون الناس فمن جعل هذا السبب خاصا وجب ان يرتفع الحكم بارتفاع هذه العلة ومن جعل الحكم عبادة وان كان قد علل بعلته وجعل جميع المسلمين في هذا المعنى بمنزلة الورثة قال لا يجوز الوصية باطلاق باكثر من الثلث -

﴿ القول في المعنى الذي يدل عليه لفظ الوصية ﴾

والوصية بالجملة هي هبة الرجل ماله لشخص آخر أو لأشخاص بعد موته أو عتق غلامه سواء صرح بلفظ الوصية أو لم يصرح به وهذا العقد عندهم هو من العقود الجائزة باتفاق أغنيى ان للوصى ان يرجع فيما أوصى به إلا المبر فانهم اختلفوا فيه على ماسيأتى في كتاب التدبير وأجمعوا على أنه لا يجب للوصى له إلا بعد موت الموصى واختلفوا في قبول الموصى له هل هو شرط في صحته أم لا فقال مالك قبول الموصى له إياها شرط في صحة الوصية وروى عن الشافعى انه ليس القبول شرطاً في صحته ومالك شبهها بالهبة

﴿ القول في الاحكام ﴾

وهذه الأحكام منها لفظية ومنها حسابية ومنها حكمية فمن مسائلهم المشهورة الحكمية اختلافهم في حكم من أوصى بثلث ماله لرجل وعين ما أوصى له به في ماله مما هو الثلث فقال الورثة ذلك الذي عين أ كثر من الثلث فقال مالك الورثة بخيرون بين ان يعطوه ذلك الذي عينه الموصى أو يعطوه الثلث من جميع مال الميت وخالفه في ذلك أبو حنيفة والشافعى وأبو ثور وأحمد وأودو وعندهم أن الوصية قد وجبت للموصى له بموت الموصى وقبوله إياها باتفاق فكيف ينقل عن ملكه ما وجب له بغير طيب نفس منه وتغير الوصية وعنده مالك إمكان صدق الورثة فيما ادعوه وما أحسن ما رأى أبو عمر بن عبد البر في هذه المسئلة وذلك أنه قال اذا ادعى الورثة ذلك كلفوا بيان ما ادعوا فان ثبت ذلك أخذ منه الموصى له قدر الثلث من ذلك الشيء الموصى به وكان شريكاً للورثة وان كان الثلث فأقل جبروا على إخراجها وإذا لم يختلفوا في أن ذلك الشيء الموصى به هو فوق الثلث فعند مالك ان الورثة بخيرون بين ان يدفعوا اليه ما وصى له به أو يفرجوا له عن جميع ثلث مال الميت اما في ذلك الشيء بعينه واما في جميع المال على اختلاف الرواية عن مالك في ذلك وقال أبو حنيفة والشافعى له ثلث تلك العين ويكون بباقيه شركاً للورثة في جميع ما ترك الميت حتى يستوفى تمام الثلث وسبب الخلاف أن الميت لما تعدى في ان جعل وصيته في شيء بعينه فهل الأعدل في حق الورثة ان يخبروا بين امضاء الوصية أو يفرجوا له الى غاية ما يجوز للميت ان يخرج عنهم من ماله أو يبطل التعدي ويعود ذلك الحق مشتركاً وهذا هو الأولى اذا قلنا ان التعدي هو في التعيين لكونه أكثر من الثلث أعني ان الواجب ان يسقط التعيين وأما ان يكف الورثة أن يرضوا التعيين أو يتخاوا عن جميع الثلث فهو محل عليهم ومن هذا الباب اختلافهم فيمن وجبت عليه زكافات ولم يوص بها وإذا وصى بها فهل هي من الثلث أو من رأس المال فقال مالك اذا لم يوص بها لم يلزم الورثة إخراجها وقال الشافعى يلزم الورثة إخراجها من رأس المال وإذا وصى بها فعند مالك يلزم الورثة إخراجها وهي عنده من الثلث وهي عند الشافعى في الوجهين من رأس المال شبهها بالدين لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم فدين الله أحق ان يقضى وكذلك الكفارات الواجبة والحج الواجب عنده ومالك يجعلها من جنس الوصايا بالتوصية بإخراجها بعد الموت ولا خلاف انه لو أخرجها في الحياة انها من رأس المال ولو كان

في السياق وكأن مالكا اتهمه هنا على الورثة أعني في توصيته بأخراجها قال ولو أجز هذا الجواز للإنسان ان يؤخر جميع زكاته طول عمره حتى اذا دنا من الموت وصى بها فاذا زاجت الوصايا الزكاة قدمت عند مالك على ما هو أضعف منها وقال أبو حنيفة هي وسائر الوصايا سواء ير يد في الخاصة واتفق مالك وجميع أصحابه على أن الوصايا التي يضيّق عنها الثلث اذا كانت مستوية انها تتحاص في الثلث واذا كان بعضها أهم من بعض قدم الأهم واختلفوا في الترتيب على ما هو مسطور في كتبهم ومن مسائلهم الحسائية المشهورة في هذا الباب اذا وصى لرجل بنصف ماله ولآخر بثلثيه ورد الورثة الزائد فعند مالك والشافعي انهما يقتسمان الثلث بينهما أخسا وقال أبو حنيفة بل يقتسمان الثلث بالسوية وسبب الخلاف هل الزائد على الثلث الساقط هل يسقط الاعتبار به في القسمة كما يسقط في نفسه باسقاط الورثة فمن قال يبطل في نفسه ولا يبطل الاعتبار به في القسمة اذ كان مشاعا قال يقتسمون المال أخسا ومن قال يبطل الاعتبار به كولو كان معينا قال يقتسمون الباقي على السواء ومن مسائلهم اللفظية في هذا الباب اذا وصى بحز من ماله ولمعالم يعلم به ومال لا يعلم به فعند مالك ان الوصية تكون فيما علم به دون ما لم يعلم وعند الشافعي تكون في المالين وسبب الخلاف هل اسم المال الذي نطق به يتضمن ما علم وما لم يعلم أو ما علم فقط والمشهور عن مالك أن المدبر يكون في المالين اذ الم يخرج من المال الذي يعلم وفي هذا الباب فروع كثيرة وكلها راجعة الى هذه الثلاثة الأجناس ولا خلاف بينهم ان للرجل ان يوصي بعموته بأولاده وأن هذه خلافة جزئية كاخلافة العظمى الكلية التي للإمام ان يوصي بها

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما ﴾

﴿ كتاب الفرائض ﴾

والنظر في هذا الكتاب فحين يرث وفحين لا يرث ومن يرث هل يرث دائما أو مع وارث دون وارث واذا ورث مع غيره فكم يرث وكذلك اذا ورث وحده كم يرث واذا ورث مع وارث فهل يختلف ذلك بحسب وارث وارث أو لا يختلف والتعليم في هذا يمكن على وجوه كثيرة قد سلك أكثرها أهل الفرائض والسبيل الحاضرة في ذلك بان يذكر حكم جنس جنس من أجناس الورثة اذا انفرد ذلك الجنس وحكمه مع سائر الأجناس الباقية مثال ذلك ان ينظر الى الولد اذا انفرد كميراثه ثم ينظر حاله مع سائر الأجناس الباقية من الوارثين فاما الأجناس الوارثة فهي ثلاثة ذوات نسب وأصهار وموالى فاما ذوات النسب فيها متفق عليها ومنها يختلف فيها فاما المتفق عليها فهي الفروع أعني الاولاد والاصول أعني الآباء والأجداد ذكورا كانوا أو إناثا وكذلك الفروع المشاركة لبيت في الأصل الأدنى أعني الاخوة ذكورا وإناثا والمشاركة الأدنى أو الأبعد في أصل واحد وهم الأعمام وبنو الأعمام وذلك الذكور من هؤلاء خاصة فقط وهؤلاء اذا فصلوا كانوا من الرجال عشرة ومن النساء سبعة أما الرجال فالابن وابن الابن وان سفل والاب والجد ابوالاب وان علا والاخ من أي جهة كان أعني للام والاب وألحدهما وابن الاخ وان سفل والعلم وابن العلم وان سفل والزوج ومولى النعمة وأما النساء فالابنة وابنة الابن وان سفلت والام والجدة وان علت والاخت والزوجة والمولودة وأما المختلف فيهم فهم ذوات الارحام وهم من لا فرض لهم في كتاب الله ولاهم عصبة وهم بالجدة بنو البنات وبنات الاخوة وبنو الاخوات وبنات الاعمام والعلم أخوال الاب للام

فقط و بنو الاخوة للام والعمات والخالات والأخوال فذهب مالك والشافعي وأكثر فقهاء الأمصار وزيد بن ثابت من الصحابة الى أنه لا ميراث لهم وذهب سائر الصحابة وفقهاء العراق والكوفة والبصرة وجاعة من العلماء من سائر الآفاق الى تورثهم والذين قالوا بتورثهم اختلفوا في صفة تورثهم فذهب أبو حنيفة وأصحابه الى تورثهم على ترتيب العصبات وذهب سائر من ورثهم الى التنازل وهو ان يزل كل من أدلى منهم بذى سهم أو عصبة بمنزلة السبب الذي أدلى به وعنده مالك ومن قال بقوله ان القرائض لما كانت لا مجال للقياس فيها كان الاصل أن لا يثبت فيها شيء الا بكاتب أو سنة ثابتة أو إجماع وجميع ذلك معدوم في هذه المسئلة وأما الفرقة الثانية فزعموا أن دليلهم على ذلك من الكتاب والسنة والقياس أما الكتاب فقوله تعالى (وأولوا الارحام بعضهم أولى ببعض) وقوله تعالى (للرجال نصيب مما ترك الوالدان والاقرابون) واسم القرابة ينطلق على ذوى الارحام ويرى المخالف أن هذه مخصوصة بآيات الموارث وأما السنة فاحتجوا بما أخرجه الترمذي عن عمر بن الخطاب أنه كتب الى أبي عبيدة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الله ورسوله مولى من لامولى والخال وارث من لا وارث له وأما من طريق المعنى فان القسماء من أصحاب أبي حنيفة قالوا ان ذوى الارحام أولى من المسامين لانهم قد اجتمع لهم سببان القرابة والاسلام فاشبهوا تقديم الاخ الشقيق على الأخ للاب أعني أن من اجتمع له سببان أولى ممن له سبب واحد وأما يزيد ومتأخرو أصحابه فشهروا الارث بالولاية وقالوا لما كانت ولاية تجهيز الصلاة والدفن لليت عند فقدها أصحاب الفروض والعصبات لتوى الارحام وجب ان يكون لهم ولاية الارث ولل فريق الاول اعتراضات في هذه المقاييس فيها ضعف واذ قد تقرر هذا فلننصرع في ذكر جنس جنس من أجناس الوارثين ونذكر من ذلك ما يجري مجرى الاصول من المسائل المشهورة المتفق عليها والمختلف فيها

ميراث الصلب

وأجمع المسلمون على أن ميراث الولد من والدهم والدة منهم ان كانوا ذكورا واناثا معا هو أن للذكر منهم مثل حظ الانثيين وأن الابن الواحد اذا انقرض له جميع المال وأن البنات اذا انقرضت فكانت واحدة ان لها النصف وان كن ثلاثا فما فوق ذلك فلهن الثلثان واختلفوا في الانثيين فذهب الجمهور الى أن لهما الثلثين وروى عن ابن عباس انه قال للبنتين النصف والسبب في اختلافهم تردد المفهوم في قوله تعالى (فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك) هل حكم الانثيين للمسكوت عنه يلحق بحكم الثلاثة أو بحكم الواحدة والاظهر من بابل دليل الخطاب انهما لاحقان بحكم الواحدة وقد قيل ان المشهور عن ابن عباس مثل قول الجمهور وقد روى عن ابن عبد الله بن محمد بن عقيل عن حاتم بن عبد الله وعن جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطى البنيتين الثلثين قال فيما أحسب أبو عمر بن عبد البر وعبد الله بن عقيل قد قيل جماعة من أهل العلم حديثه وخالفهم آخرون وسبب الاتفاق في هذه الجملة قوله تعالى (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين) الى قوله (وان كانت واحدة فلها النصف) وأجمعوا من هذا الباب على أن بنى البنين يقومون مقام البنين عند فقده البنين يرثهن كإرثون ويحجبون كما يحجبون الاثنى روى عن مجاهد انه قال ولد الابن لا يحجبون الزوج من النصف الى الربع كما يحجب الولد نفسه ولا الزوجة من الربع الى الثمن ولا الام من الثلث الى السدس وأجمعوا على أنه ليس لبنات الابن ميراث

مع بنات الصلب اذا استكمل بنات المتوفى الثلثين واختلفوا اذا كان مع بنات الابن ذكر ابن ابن في مرتبتين أو بعد منهن فقال جمهور فقهاء الامصار انه يعصب بنات الابن فيما فضل عن بنات الصلب فيقسمون المال للذكر مثل حظ الانثيين وبه قال على رضي الله عنه وزيد بن ثابت من الصحابة وذهب أبو ثور وداد انه اذا استكمل البنات الثلثين ان الباقي لابن الابن دون بنات الابن كن في مرتبة واحدة مع الذكر أو فوقه أو دونه وكان ابن مسعود يقول في هذه للذكر مثل حظ الانثيين الا ان يكون الحاصل للنساء أكثر من السدس فلا تعطى الا السدس وعمدة الجمهور عموم قوله تعالى (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين) وأن ولد الولد لمن طريق المعنى وأيضا لما كان ابن الابن يعصب من في درجته في حصة المال فواجب ان يعصب في الفاضل من المال وعمدة داود وأبي ثور حديث ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال اقسموا المال بين أهل الفرائض على كتاب الله عز وجل فأبقت الفرائض فلا ولي رجل ذكر ومن طريق المعنى أيضا ان بنت الابن لم ترث مفردة من الفاضل عن الثلثين كان أخرى أن لا ترث مع غيرها وسبب اختلافهم تعارض القياس والنظر في الترجيح وأما قول ابن مسعود قبني على أصله في أن بنات الابن لما كن لا يرثن مع عدم الابن أكثر من السدس لم يجب لهن مع الغير أكثر مما يجب لهن مع الانفراد وهي حصة قريبة من حصة داود والجمهور على أن ذكر ولد الابن يعصبهن كان في درجتهن أو أطرف منهن وشذ بعض المتأخرين فقال لا يعصبهن الا اذا كان في مرتبتين وجمهور العلماء على انه اذا ترك المتوفى بنتا صلب وبنت ابن أو بنات ابن ليس معهن ذكر ان لبنات الابن السدس تكمله الثلثين وخالف الشيعة في ذلك فقالت لا ترث بنت الابن مع البنت شيئا كالخال في ابن الابن مع الابن فالاختلاف في بنات الابن في موضعين مع بنى الابن ومع البنات فيما دون الثلثين وفوق النصف فالتحصّل فيهن اذا كن مع بنى الابن انه قيل يرثن وقيل لا يرثن واذا قيل يرثن فقيل يرثن تعصبا مطلقا وقيل يرثن تعصبا الا ان يكون أكثر من السدس واذا قيل يرثن فقيل أيضا اذا كان ابن الابن في درجتهن وقيل كيفما كان والمتحصّل في وراثتهن مع عدم ابن الابن فيما فضل عن النصف الى تكمله الثلثين قيل يرثن وقيل لا يرثن

(ميراث الزوجات)

وأجمع العلماء على أن ميراث الرجل من امرأته اذ لم تترك ولدا ولا ولدا لابن النصف ذكر ا كان الولد أو اتى الاما ذكرنا عن مجاهد وانها ان تترك ولدا فله الربع وأن ميراث المرأة من زوجها اذ لم تترك الزوج ولدا ولا ولدا ابن الربع فان ترك ولدا أو ولدا لابن فالثمن وانه ليس يحجبهن أحد من الميراث ولا ينقصهن الا الولد وهذا الورود النص في قوله تعالى (ولكم نصف ما ترك أزواجكم ان لم يكن لهن ولد) الآية

(ميراث الأب والأم)

وأجمع العلماء على أن الأب اذا انفرد كان له جميع المال وانه اذا انفرد الابوان كان للام الثلث وللأب الباقي لقوله تعالى (وورثه أبواه فلامه الثلث) وأجمعوا على ان فرض الابوين من ميراث ابنتهما اذا كان للابن ولدا أو ولدا لابن السدسان أعني ان لكل واحد منهما السدس لقوله تعالى (ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد) والجمهور على أن الولد هو الذكر دون الانثى وخالفهم في ذلك من شذ

وأجمعوا على أن الأب لا ينقص مع ذوى الفرائض من السدس وله مازاد وأجمعوا من هذا الباب على أن الأم يحجبها الاخوة من الثلث إلى السدس لقوله تعالى (فإن كان له اخوة فلامه السدس) واختلفوا في أقل ما يحجب الأم من الثلث إلى السدس من الاخوة فذهب على رضى الله عنه وابن مسعود إلى أن الاخوة الحاجبين هما اثنان فصاعدا وبه قال مالك وذهب ابن عباس إلى أنهم ثلاثة فصاعدا وأن الاثنين لا يحجبان الأم من الثلث إلى السدس والخلاف آيل إلى أقل ما ينطبق عليه اسم الجع فمن قال أقل ما ينطبق عليه اسم الجع ثلاثة قال الاخوة الحاجبون ثلاثة فافوق ومن قال أقل ما ينطبق عليه اسم الجع اثنان قال الاخوة الحاجبون هما اثنان أعنى في قوله تعالى (فإن كان له اخوة) ولا خلاف أن الذكر والاثنى يدخلان تحت اسم الاخوة في الآية وذلك عند الجمهور وقال بعض المتأخرين لأن أقل الأم من الثلث إلى السدس بالأخوات المنفردات لأنه زعم أنه ليس ينطلق عليهن اسم الاخوة إلا أن يكون معهن أخ لموضع تغليب الذكر على المؤنث إذا سمى الاخوة هوجع أخ والأخ مذكر واختلفوا من هذا الباب فبين يرث السدس الذى يحجب عنه الأم بالاخوة وذلك إذا ترك المتوفى أبوين واخوة فقال الجمهور ذلك السدس للاب مع الأربعة الاسداس وروى عن ابن عباس أن ذلك السدس للاخوة الذين يحجبوا وللأب الثلثان لأنه ليس في الأصول من يحجب ولا يأخذ ما يحجب الا الاخوة مع الآباء وضعف قوم الاسناد بذلك عن ابن عباس وقول ابن عباس هو القياس واختلفوا من هذا الباب في النى تعرف بالفراوين وهى فيمن ترك زوجة وأبوين أو زوجا وأبوين فقال الجمهور في الاولى للزوجة الربع وللأم ثلث ما بقى وهو الربع من رأس المال وللأب ما بقى وهو النصف وقالوا في الثانية للزوج النصف وللأم ثلث ما بقى وهو السدس من رأس المال وللأب ما بقى وهو السدسان وهو قول زيد والمشهور من قول على رضى الله عنه وقال ابن عباس في الاولى للزوجة الربع من رأس المال وللأم الثلث منه أيضا لأنها ذات فرض وللأب ما بقى لأنه عاصب وقال أيضا في الثانية للزوج النصف وللأم الثلث لأنها ذات فرض مسمى وللأب ما بقى وبه قال شريح القاضي وداود وابن سيرين وجماعة وعمدة الجمهور أن الأب والأم لما كانا إذا انفردا بالمال كان للأم الثلث وللأب الباقي وجب أن يكون الحال كذلك فيما بقى من المال وكأنهم رأوا أن يكون ميراث الأم أكثر من ميراث الأب خروجا عن الأصول وعمدة الفريق الآخر أن الأم ذات فرض مسمى والأب عاصب والعاصب ليس له فرض محدود مع ذى الفروض بل يقبل ويكثر وما عليه الجمهور من طريق التعليل أظهر وما عليه الفريق الثانى مع عدم التعليل أظهر وأعنى بالتعليل ههنا أن يكون أحق سببي الانسان أولى بالاثار أعنى الأب من الأم .

﴿ ميراث الاخوة للأم ﴾

وأجمع العلماء على أن الاخوة للأم إذا انفردوا واحد منهم ان له السدس ذكرنا كان أو أثنى وانهم ان كانوا أكثر من واحد فهم شركاء في الثلث على السوية للذكر منهم مثل حظ الانثى سواء وأجمعوا على أنهم لا يرثون مع أربعة وهم الأب والجدة أو الأب وإن علا والبنون ذكرانهم واناثهم وبنو البنين وإن سفلوا ذكرانهم واناثهم وهذا كله لقوله تعالى (وإن كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت) الآية وذلك أن الاجماع انعقد على أن المقصود بهذه الآية هم الاخوة للأم فقط وقد قرئ وله أخ وأخت من أمه

وكذلك أجمعوا فيها حسب ههنا على أن الكلالة هي فقد الاصناف الاربعة التي ذكرنا من النسب أعني الآباء والأجداد والبنين وبنى البنين

✽ ميراث الاخوة للاب والأم والأولاد ✽

وأجمع العلماء على أن الاخوة للاب والأم والأولاد فقط يرثون في الكلالة أيضا أما الاخت اذا انفردت فان لها النصف وان كانتا اثنتين فلهما الثلثان كالحال في البنات وانهم ان كانوا ذكورا وانانا فللذكر مثل حظ الانثيين كحال البنين مع البنات وهذا لقوله تعالى (يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلالة) لانهم اختلفوا في معنى الكلالة ههنا في أشياء واتفقوا منها في أشياء يأ في ذكرها ان شاء الله تعالى فمن ذلك انهم أجمعوا من هذا الباب على أن الاخوة للاب والأم ذكرا كانوا أو اناثا انهم لا يرثون مع الولد الذكرا شيئا ولا مع ولد الولد ولا مع الأب شيئا واختلفوا فيما سوى ذلك فنهانهم اختلفوا في ميراث الاخوة للاب والأم مع البنت والبنات فذهب الجمهور الى انهن عصبة يعطون ما فضل عن البنات وذهب داود بن علي الظاهري وطائفة الى ان الأخت لا ترث مع البنت شيئا وعمدة الجمهور في هذا حديث ابن مسعود عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال في ابنة وابنة ابن وأخت ان للبنات النصف ولابنة الابن السدس تكملة الثلثين واما بنى فللاخت وأيضا من جهة النظر لما أجمعوا على توريث الاخوة مع البنات فكذلك الاخوات وعمدة الفريق الآخر ظاهر قوله تعالى (ان امرؤ هالك ليس له ولد وله أخت) فلم يجعل للاخت شيئا الا مع عدم الولد والجمهور جازوا اسم الولد ههنا على التكرار دون الاناث وأجمع العلماء من هذا الباب على أن الاخوة للاب والأم يحجبون الاخوة للاب عن الميراث قياسا على بنى الانثاء مع بنى الصلب قال أبو عمر وقد روى ذلك في حديث حسن من رواية الأحاد العدول عن علي رضي الله عنه قال قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان أعيان بنى الأم يتوارثون دون بنى العلات وأجمع العلماء على ان الأخوات للاب والأم اذا استكملن الثلثين فانه ليس للأخوات للاب معهن شيء كالحال في بنات الابن مع بنات الصلب وأنه ان كانت الاخت للاب والأم واحدة فلا أخوات للاب ما كن بقية الثلثين وهو السدس واختلفوا اذا كان مع الأخوات للاب ذكر فقال الجمهور يعصبن ويقسمون المال للذكر مثل حظ الانثيين كالحال في بنات الابن مع بنات الصلب واشترط مالك أن يكون في درجتين وقال ابن مسعود اذا استكمل الأخوات الشقائق الثلثين فالباقي للذكور من الاخوة للاب دون الاناث وبه قال أبو ثور وخالفه داود في هذه المسئلة مع موافقته في مسئلة بنات الصلب وبنى البنين فان لم يستكملن الثلثين فللذكر عنده من بنى الأب مثل حظ الانثيين الآن يكون الحاصل للنساء أكثر من السدس كالحال في بنت الصلب مع بنى الابن وأدلة الفريقين في هذه المسئلة هي تلك الأدلة بأعيانها وأجمعوا على أن الاخوة للاب يقومون مقام الاخوة للاب والام عند فقدهم كالحال في بنى البنين مع البنين وانه اذا كان معهن ذكر عصبن بان يبدأ بمن له فرض مسمى ثم يرثون الباقي للذكر مثل حظ الانثيين كالحال في البنين الا في موضع واحد وهي الفريضة التي تعرف بالمشركة فان العلماء اختلفوا فيها وهي امرأة توفيت وترك زوجها وأموها وأخوتها لامها وأخوتها لأبيها وأموها فكان عمر وعثمان وزيد بن ثابت يعطون للزوج النصف وللأم السدس وللأخوة للام الثلث فيستقرقون المال فيبقى الاخوة للاب والأم

بلاشئ فكانوا يشركون الاخوة للاب والأم في الثلث مع الاخوة للام يقتسمونه بينهم للذكر مثل حظ الانثيين وبالتشريك قال من فقهاء الامصار مالك والشافعي والثوري وكان على رضى الله عنه وأبي كعب وأبو موسى الأشعري لا يشركون أخوة الأب والأم في الثلث مع أخوة الأم في هذه القرينة ولا يوجبون لهم شيئاً فيها وقال به من فقهاء الأمصار أبو حنيفة وابن أبي ليلى وأحمد وأبو ثور وداود وجاعة وحجة الفريق الأول ان الاخوة للاب والأم يشاركون الاخوة للام في السبب الذي به يستوجبون الارث وهي الأم فوجب أن لا ينفردوا به دونهم لأنه اذا اشتركوا في السبب الذي به يرثون وجب ان يشتركوا في الميراث وحجة الفريق الثاني ان الاخوة الشقائق عصبة فلاشئ لهم اذا أحاطت فرائض ذوى السهام بالميراث وعمدتهم اتفاق الجميع على ان من ترك زوجاً وأماً وأخاً واحداً لأم وأخوة شقائق عشرة أو أكثر ان الأخ للام يستحق ههنا السدس كاملاً والسدس الباقي بين الباقيين مع انهم يشاركون له في الأم فسبب الاختلاف في أ كثر مسائل الفرائض هو تعارض المقاييس واشتراك الألفاظ فيها به نص

✽ ميراث الجد ✽

وأجمع العلماء على ان الأب يحجب الجد وأنه يقوم مقام الأب عند عدم الأب مع البنين وانه غاصب مع ذوى الفرائض واختلفوا هل يقوم مقام الأب في حجب الاخوة الشقائق أو حجب الاخوة للاب فذهب ابن عباس وأبو بكر رضى الله عنهما وجاعة الى أنه يحجبهم وبه قال أبو حنيفة وأبو ثور والمزني وابن سريج من أصحاب الشافعي وداود وجاعة واتفق على أن أبي طالب رضى الله عنه وزيد بن ثابت وابن مسعود على توريث الاخوة مع الجد الا أنهم اختلفوا في كيفية ذلك على ما قوله بعد وعمدة من جعل الجد بمنزلة الأب اتفاقهما في المعنى أعني من قبل ان كليهما أب للميت ومن اتفاقهما في كثير من الأحكام التي أجمعوا على اتفاقهما فيها حتى انه قد روي عن ابن عباس رضى الله عنه أنه قال أما يتق الله زيد بن ثابت يجعل ابن الابن ابناً ولا يجعل أب الأب أباً وقد أجمعوا على انه مثله في أحكام آخر سوى الفروض منها ان شهادته لحفيده كشهادة الأب وان الجد يعق على حفيده كما يعق الأب على الابن وانه لا يقتصر له من جده كما لا يقتصر له من أب وعمدة من ورث الأخ مع الجد ان الأخ أقرب الى الميت من الجد لأن الجد أبو أبي الميت والأخ ابن أبي الميت والابن أقرب من الأب وأيضا فأن أجمعوا عليه من ان ابن الأخ يقدم على الم وهو يدلى بالأب والم يدلى بالجد فسبب اختلاف تعارض القياس في هذا الباب فان قيل فأى القياسين أرجح بحسب النظر الشرعى قلنا قياس من ساوى بين الأب والجد فان الجد أب في المرتبة الثانية والثالثة كما ان ابن الابن ابن في المرتبة الثانية أو الثالثة واذالم يحجب الابن الجد وهو يحجب الاخوة فالجد يحجب ان يحجب من يحجب الابن والأخ ليس بأصل للميت ولا فرع وانما هو مشاركة له في الأصل والأصل أحق بالشيء من المشاركة له في الأصل والجد ليس هو أصلاً للميت من قبل الأب بل هو أصل أصله والأخ يرث من قبل انه فرع لأصل الميت فالذى هو أصل لأصله أى الى الذى هو فرع لأصله ولذلك لامعنى لقول من قال ان الأخ يدلى بالبنوة والجد يدلى بالابوة فان الأخ ليس ابناً للميت وانما هو ابن أبيه والجد أب للميت والبنوة انما هي أقوى في الميراث من الابوة في الشخص الواحد بعينه أعني الموروث وأما البنوة التي

تكون لأب الموروث فليس يلزم أن تكون في حق الموروث أقوى من الابوة التي تكون لأب الموروث لأن الابوة التي لأب الموروث هي أبوة مالموروث أعني بعيدة وليس البنوة التي لأب الموروث بنوة مالموروث لاقرينية ولا بعيدة فن قال الأخ أحق من الجد لأن الأخ يدل بالشئ الذي من قبله كان الميراث بالبنوة وهو الأب والجد يدل بالابوة هو قول غلط مخيل لأن الجد أب مالميراث الأخ ابناً وبالجدة الأخ لاحق من لواحق الميت وكأنه أمر عارض والجد سبب من أسبابه والسبب أملك للشئ من لاحقه واختلف الذين ورثوا الجد مع الاخوة في كيفية ذلك فتحصيل من ذهب زيد في ذلك انه لا يخلو أن يكون معه سوى الاخوة ذوفرض مسمى أو لا يكون فان لم يكن معه ذوفرض مسمى أعطى الافضل له من اثنين امثال المال وإما أن يكون كواحد من الاخوة المذكور وسواء كان الاخوة ذكرانا أو إناثا والأمرين جميعا فهو مع الأخ الواحد يقاسمه المال وكذلك مع الاثنين ومع الثلاثة والاربعة يأخذ الثلث وهو مع الاخت الواحدة الى الاربع يقاسمهن للذكر مثل حظ الانثيين ومع الخمس أخواته الثلث لأنه أفضل له من المقاسمة فهذه هي حاله مع الاخوة فقط دون غيرهم وأما ان كان معهم ذوفرض مسمى فانه يبدأ بأهل الفروض فيأخذون فروضهم فابقي أعطى الافضل لهم من ثلاث امثال ما بقي بعد حفظ ذوى الفرائض وإما أن يكون بمنزلة ذكر من الاخوة وإما أن يعطى السدس من رأس المال لا ينقص منه ثم ما بقي يكون للاخوة للذكر مثل حظ الانثيين الا في الأكسرية على ما سنذكر منه فيها مع سائر مذاهب العلماء وأما على رضى الله عنه فكان يعطى الجد الا حظ له من السدس والمقاسمة وسواء كان مع الجد والاخوة غيرهم من ذوى الفرائض أو لم يكن وانما لم ينقصه من السدس شيئاً لأنهم لما اجعوا ان الابناء لا ينقصونه منه شيئاً كان أحرى أن لا ينقصه الاخوة وعمدة قول زيدانه لما كان يحجب الاخوة للام فلم يحجب عما يجب لهم وهو الثلث ويقول زيد قال مالك والشافعي والثوري وجاعة ويقول على رضى الله عنه قال أبو حنيفة وأما الفريضة التي تعرف بالأكسرية وهي امرأة توفيت وترك زوجها وأما أختنا شقيقة وجدا فان العلماء اختلفوا فيها فكان عمر رضى الله عنه وابن مسعود يعطيان للزوج النصف وللأم السدس وللأخت النصف وللجد السدس وذلك على جهة العول وكان على ابن أبي طالب رضى الله عنه وزيد يقولان للزوج النصف وللأخت الثلث وللأخت النصف وللجد السدس فريضة الان زيدا يجمع سهم الأخت والجد فيقسم ذلك بينهم للذكر مثل حظ الانثيين وزعم بعضهم أن هذا ليس من قول زيد وضعف الجميع التشريك الذي قال به زيد في هذه الفريضة ويقول زيد قال مالك وقيل انما سميت الأكسرية لتكسر قول زيد فيها وهذا كله على من ذهب من يرى العول وبالعول قال جمهور الصحابة وفقهاء الأمصار الابن عباس فانه روى عنه أنه قال أعال الفرائض عمر ابن الخطاب وأيم الله لو قدم من قدم الله وأخر من أخر الله ما عالت فريضة قيل له وأيهما قدم الله وأيهما أخر الله قال كل فريضة لم يهبطها الله عز وجل عن موجبها الا في فريضة أخرى فهي ما قدم الله وكل فريضة اذا زالت عن فرضها لم يكن لها الا ما بقي فذلك التي أخر الله فالأول مثل الزوجة والأم والمتأخر مثل الاخوات والبنات قال فاذا اجتمع الصنفان بدئ من قدم الله فان بقي شئ فلن أخر الله والا فلا شئ له قيل له فهلا قلت هذا القول لعمر قال هبته وذهب زيد الى أنه اذا كان مع الجد والاخوة الشقائق اخوة

لأب ان الاخوة الشقائق يعادون الجدة بالاخوة للاب فيمنعونه بهم كثرة الميراث ولا يرثون مع الاخوة الشقائق شيئاً إلا أن يكون الشقائق أخناً واحدة فانها تعد الجدة بأخوتها للاب ما بينهما (٧) وبن ان تستكمل فرضتها وهي النصف وان كان فيما يحازها ولاخوتها لايها افضل عن نصف رأس المال كله فهو لاخوتها لأبيها لذكر مثل حظ الانثيين فان لم يفضل شيء على النصف فلا ميراث لهم فاما على رضى الله عنه فكان لا يفتت هنا للاخوة للاب للراجع على ان الاخوة الشقائق يحجبونهم ولأن هذا الفعل أيضاً مخالف للاصول أعني ان يحنسب بمن لا يرث واختلف الصحابة رضى الله عنهم من هذا الباب في الفريضة التي تدعى الخرقاء وهي أم وأخت وجد على خمسة أقوال فذهب أبو بكر رضى الله عنه وابن عباس الى ان للام الثلث والباقي للجدة وحجباؤه الاخت وهذا على رأيهم في اقامة الجدة مقام الأب وذهب على رضى الله عنه الى أن للام الثلث وللأخت النصف وما بقى للجدة وذهب عثمان الى ان للام الثلث وللأخت الثلث وللجدة الثلث وذهب ابن مسعود الى ان للأخت النصف وللجدة الثلث وللأم السدس وكان يقول معاذاته ان أفضل أماً على جد وذهب زيد الى ان للام الثلث وما بقى بين الجدة والاخت للذكر مثل حظ الانثيين

ميراث الجدات

وأجمعوا على ان للجدة أم الام السدس مع عدم الام وأن للجدة أيضاً أم الاب عند فقد الاب السدس فان اجتمع كان السدس بينهما واختلفوا فيما سوى ذلك فذهب زيد وأهل المدينة الى أن الجدة أم الام يفرض لها السدس فريضة فاذا اجتمعت الجدتان كان السدس بينهما اذا كان قعددهما سواء وكانت أم الأب أقعد فان كانت أم الأم أقعد أى أقرب الى الملية كان لها السدس ولم يكن للجدة أم الأب شيء وقسروى عنه أيهما أقعد كان لها السدس وبه قال على رضى الله عنه ومن فقهاء الامصار أبو حنيفة والثوري وأبو ثور وهؤلاء ليس بورثون الاها بين الجدتين المجمع على تورثهما وكان الأوزاعي وأحمد يورثان ثلاث جدات واحدة من قبل الأم واثنين من قبل الأب أم أي الأب أعني الجدة وكان ابن مسعود يورث أربع جدات أم الأم وأم الأب وأم أي الأب أعني الجدات أم أي الأم أعني الجدة وبه قال الحسن وابن سيرين وكان ابن مسعود يشرك بين الجدات في السدس دنياهن وقصواهن ما لم تكن تحجبها بشيء أو بنت بنتها وقد روى عنه أنه كان يسقط القصوى بالدنيا اذا كانتا من جهة واحدة وروى عن ابن عباس ان الجدة كالأم اذا لم تكن أم وهو شاذ عند الجمهور ولكن له حظ من القياس فعمدة زيد وأهل المدينة والشافعي ومن قال بذهب زيد ماروا مالك أنه قال جاءت الجدة الى أبي بكر رضى الله عنه تسأله عن ميراثها فقال أبو بكر مالك في كتاب الله عز وجل شيء وما علمت لك في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم شيئاً فأرجى حتى أسأل الناس فقال له المغيرة بن شعبة حضرت رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطاهم السدس فقال أبو بكر هل معك غيرك فقال محمد بن مسامة فقال مثل ما قال المغيرة فأنفذه أبو بكر لها ثم جاءت الجدة الأخرى الى عمر بن الخطاب تسأله ميراثها فقال لها مالك في كتاب الله عز وجل شيء وما كان القضاء الذى قضى به الالفريك وما أنا بزائد في الفرائض ولكنه ذلك السدس فان اجتمعتا فيه فهو لكما وأتسكما انفردت به فهو لها وروى مالك أيضاً أنه أتت الجدتان الى أبي بكر فاراد أن يجعل السدس للتي من قبل الأم فقال له رجل أما انك تترك التي لومات وهو حى كان اياها يرث فجعل أبو بكر

السدس بينهما قالوا فواجب أن لا يتعدى في هذه السنة واجاع الصحابة وأما عمدة من ورث الثلاث جدات فحديث ابن عيينة عن منصور عن إبراهيم أن النبي صلى الله عليه وسلم ورث ثلاث جدات اثنتين من قبل الأب وواحدة من قبل الأم وأما ابن مسعود فعمدته القياس في تشبيهها بالجدة للاب لكن الحديث يعارضه واختلفوا هل يحجب الجد للاب بأنها هو الأب فذهب يدا إلى أنه يحجب وبه قال مالك والشافعي وأبو حنيفة وداود وقال آخرون ترث الجددة مع ابنها وهو مروى عن عمر وابن مسعود وسجاعة من الصحابة وبه قال شرح وعطاء وابن سيرين وأحمد وهو قول الفقهاء المصريين وعمدة من حجب الجددة بابنها إن الجد لما كان محجوباً بالأب وجب أن تكون الجددة أولى بذلك وأيضا فلما كانت أم الأم لا ترث باجتماع مع الأم شيئا كان كذلك أم الأب مع الأب وعمدة الفريق الثاني ماروى الشعبي عن مسروق عن عبد الله قال أول جددة أعطاه رسول الله صلى الله عليه وسلم سدسا جددة مع ابنها وإنها سحى قالوا من طريق النظر لما كانت الأم وأم الأم لا يحجبان بالذكور كان كذلك حكم جميع الجدات وينبئ أن يعلم أن مالكا لا يخالف زيدا إلا في رضة واحدة وهي امرأة هلكت وترك زوجا وأما واخوة لام واخوة لاب وأم وجدا فقال مالك للزوج النصف وللأم السدس وللجددة ما بقى وهو الثلث وليس للاخوة الشقائق شيء وقال زيد للزوج النصف وللأم السدس وللجددة السدس وما بقى للاخوة الشقائق فخالفا مالك في هذه المسئلة أصله من أن الجد لا يحجب الاخوة الشقائق ولا الاخوات للاب وبجته أنه لما حجب الاخوة للام عن الثلث الذي كانوا يستحقونه دون الشقائق كان هو أولى به وأما زيد فعلى أصله في أنه لا يحجبهم

باب في المحجب

وأجمع العلماء على أن الأخ الشقيق يحجب الأخ للاب وأن الأخ للاب يحجب بنى الأخ الشقيق وإن بنى الأخ الشقيق يحجبون أبناء الأخ للاب وبنو الأخ للاب أولى من بنى ابن الأخ للاب والأم وبنو الأخ للاب أولى من العم أختي الأب وابن العم أختي الأب الشقيق أولى من ابن العم أختي الأب للاب وكل واحد من هؤلاء يحجبون بنينهم ومن حجب منهم صنفا فهو يحجب من يحجبه ذلك الصنف وبالجملة أما الاخوة فالأقرب منهم يحجب الأبعد فإذا استووا حجب منهم من أدنى بسببين أم وأب من أدنى بسبب واحد وهو الاب فقط وكذلك الأعمام الأقرب منهم يحجب الأبعد فإن استووا حجب من يدلى منهم إلى الميت بسببين من يدلى بسبب واحد أعنى أنه يحجب العم أخو الاب لاب وأم العم الذي هو أخو الاب فقط وأجمعوا على أن الاخوة الشقائق والاخوة للاب يحجبون الأعمام لأن الاخوة بنو الأب المتوفى والأعمام بنو جده والابناء يحجبون بنينهم والآباء أجدادهم والبنون وبنوهم يحجبون الاخوة والجد يحجب من فوقه من الاجداد باجتماع والاب يحجب الاخوة ويحجب من تحجبه الاخوة والجد يحجب الأعمام باجتماع والاخوة للام ويحجب بنى الاخوة الشقائق وبنى الاخوة للاب والبنات وبنات البنين يحجبان الاخوة للام واختلف العلماء فيمن ترك ابني عم أحدهما أخ للام فقال مالك والشافعي وأبو حنيفة والثوري للآخ للام السدس من جهة ما هو أخ لأم وهو في باقي المال مع ابن العم الآخر عصبة يقتسمونه بينهم على السواء وهو قول علي رضي الله عنه وزيد وابن عباس وقال قوم المال كله لابن العم الذي هو أخ لأم يأخذ سدسه بالاخوة وبقيته بالتعصيب لانه قد أدلى بسببين ومن قال بهذا القول من الصحابة ابن مسعود

ومن الفقهاء داود وأبو ثور والطبري وهو قول الحسن وعطاء واختلف العلماء في رد ما بقي من مال الورثة على ذوى الفرائض اذا بقيت من المال فضلة لم تستوفها الفرائض ولم يكن هناك من يعصب فكان زيد لا يقول بالرد ويجعل الفاضل في يث المال وبه قال مالك والشافعي وقال جل الصحابة بالرد على ذوى الفروض ماعدا الزوج والزوجة وإن كانوا اختلفوا في كيفية ذلك وبه قال فقهاء العراق من الكوفيين والبصريين وأجمع هؤلاء الفقهاء على أن الرد يكون لهم بقدر سهامهم فمن كان له نصف أخذ النصف مما بقي وهكذا في جزء جزء وعمدتهم أن قرابة الدين والنسب أولى من قرابة الدين فقط أى إن هؤلاء اجتمع لهم سببان وللساميين سبب واحد وهنما مسائل مشهورة الخلاف بين أهل العلم فيها تعلق بأسباب الموارث يجب أن تذكر هنا فمنها أنه أجمع المسلمون على أن الكافر لا يرث المسلم لقوله تعالى (ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا) ولما ثبت من قوله عليه الصلاة والسلام لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم واختلفوا في ميراث المسلم الكافر وفي ميراث المسلم المرتد فذهب جمهور العلماء من الصحابة والتابعين وفقهاء الامصار الى أنه لا يرث المسلم الكافر بهذا الاثر الثابت وذهب معاذ بن جبل ومعوية من الصحابة وسعيد بن المسيب ومسروق من التابعين وجاعة الى أن المسلم يرث الكافر وشبهوا ذلك بنسائهم فقالوا كما يجوز لنا أن نكح نساءهم ولا يجوز لنا أن نكحهم نساءنا كذلك الارث وروى في ذلك حديثا مسندا قال أبو عمر وليس بالقوى عند الجمهور وشبهوا أيضا بالقصاص في السماء التي لا تكافأه وأما المرتد اذا قتل أو مات فقال جمهور فقهاء الحجاز هو لجاعة المسلمين ولا يرثه قرابته وبه قال مالك والشافعي وهو قول زيد من الصحابة وقال أبو حنيفة والثوري وجمهور الكوفيين وكثير من البصريين يرثه ورثته من المسلمين وهو قول ابن مسعود من الصحابة وعلى رضي الله عنهما وعمدة الفريق الاوّل عموم الحديث وعمدة الحنفية تخصيص العموم بالقياس وقياسهم في ذلك هو أن قرابته أولى من المسلمين لانهم يدلون بسببين بالاسلام والقرابة والمسلمون بسبب واحد وهو الاسلام ورمأ كدوا بما يسيق لماله من حكم الاسلام بدليل أنه لا يؤخذ في الحال حتى يموت فكانت حياته معتبرة في بقاء ماله على ملكه وذلك لا يكون الا بان يكون لماله حرمة اسلامية ولذلك لم يحز أن يقر على الارتداد بخلاف الكافر وقال الشافعي وغيره يؤخذ بقضاء الصلاة اذا تاب من الردة في أيام الردة والطائفة الاخرى تقول يوقف ماله لان له حرمة اسلامية وانما وقصر جأه أن يعود الى الاسلام وإن استيجاب المسلمين لماله ليس على طريق الارث وشنت طائفة فقهاء ماله للمسلمين عند ما يرتد وأظن ان أشهب ممن يقول بذلك وأجمعوا على تورث أهل الملة الواحدة بعضهم بعضا واختلفوا في تورث الملل المختلفة فذهب مالك وجاعة الى أن أهل الملل المختلفة لا يتوارثون كاليهود والنصارى وبه قال أصحاب جاعة وقال الشافعي وأبو حنيفة وأبو ثور والثوري وداود وغيرهم الكفار كلهم يتوارثون وكان شريح وابن أبي ليلى وجاعة يجعلان الملل التي لا تتوارث ثلاثا النصارى واليهود والصابئين ملة والمجوس ومن لا كتاب ملة والاسلام ملة وقروى عن ابن أبي ليلى مثل قول مالك وعمدة مالك ومن قال بقوله ما روى الثقات عن عمر بن شبيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يتوارث أهل ملتين وعمدة الشافعية والحنفية قوله عليه الصلاة والسلام لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم وذلك أن المفهوم من هذا بدليل الخطاب ان المسلم يرث

المسلم والكافر يرث الكافر والقول بدليل الخطاب فيه ضعف وخاصة هنا واختلفوا في توريث الجلاء
والجلاء هم الذين يتحملون بأولادهم من بلاد الشرك إلى بلاد الاسلام أعنى أنهم يولدون في بلاد الشرك
ثم يخرجون إلى بلاد الاسلام وهم يدعون تلك الولادة الموجبة للنسب وذلك على ثلاثة أقوال قولهم
يتوارثون بما يدعون من النسب وهو قول جماعة من التابعين واليه ذهب اسحق وقولهم
لا يتوارثون الابينة تشهد على أنسابهم وبه قال شريح والحسن وجماعة وقولهم لا يتوارثون أصلاً
وروي عن عمر الثلاثة الأقوال الآن الأشهر عنه أنه كان لا يرث الا من ولد في بلاد العرب وهو قول
عثمان وعمر بن عبد العزيز وأما مالك وأصحابه فاختلف في ذلك قولهم ففهم من رأى أن لا يرثون
الابينة وهو قول ابن القاسم ومنهم من رأى أن لا يرثون أصلاً وبالابينة العادلة وعن قال بهذا القول
من أصحاب مالك عبد الملك بن الماجشون وروي ابن القاسم عن مالك في أهل حصن نزلوا على حكم
الاسلام فشهد بعضهم لبعض أنهم يتوارثون وهذا يخرج منه أنهم يتوارثون بالابينة لأن مالكا لا يجوز
شهادة الكفار بعضهم على بعض قال فما ان سبوا فلا يقبل قولهم في ذلك وبنحو هذا التفصيل
قال الكوفيون والشافعي وأجسأبو ثور وذلك أنهم قالوا ان خرجوا إلى بلاد الاسلام وليس لأحد عليهم
يد قبلت دعواهم في أنسابهم وأما ان أدركهم السبي والرق فلا يقبل قولهم الابينة في المسئلة أربعة
أقوال اثنان طزفان واثنان مفرقان وجهور العلماء من فقهاء الأمصار ومن الصحابة على وز يدور أن
من لا يرث لا يحجب مثل الكافر والمملوك والقاتل عمداً وكان ابن مسعود يحجب بهؤلاء الثلاثة دون أن
يرثهم أعنى بأهل الكتاب والعبيد والقاتلين عمداً وبه قال داود وأبو ثور وعمدة الجمهور أن الحجب في معنى
الارث وأنهما متلازمان وحجة الطائفة الثانية أن الحجب لا يرتفع بالبلوت واختلف العلماء في الذين يفقدون
في حرب أو غرق أو هدم ولا يدري من مات منهم قبل صاحبه كيف يتوارثون اذا كانوا أهل ميراث فذهب
مالك وأهل المدينة إلى أنهم لا يرث بعضهم من بعضهم وأن ميراثهم جميعاً لمن بقي من قراباتهم الوارثين
أوليت المال ان لم تكن لهم قرابة ترث وبه قال الشافعي وأبو حنيفة وأصحابه فيما حكى عنه الطحاوي وذهب
على وعمر رضي الله عنهما وأهل الكوفة وأبو حنيفة فيما ذكره الطحاوي عنه وجهور البصريين إلى
أنهم يتوارثون وصفة تورثهم عندهم أنهم يرثون كل واحد من صاحبه في أصل ماله دون ما ورث بعضهم
من بعض أعنى أنه لا يضم إلى مال المورث ما ورث من غيره فيتوارثون الكل على أنه مال واحد كالحال
في الذين يعمل تقدم موت بعضهم على بعض مثال ذلك زوج وزوجة توفيا في حرب أو غرق أو هدم ولكل
واحد منهما ألف درهم فيورث الزوج من المرأة خمسة آلاف درهم وتورث المرأة من الألف التي كانت بيد الزوج
دون الخمسة التي ورث منها بها وذلك ما تسان وخسون ومن مسائل هذا الباب اختلاف العلماء
في ميراث ولد الملائنة وولد الزنا فذهب أهل المدينة وزيد بن ثابت إلى أن ولد الملائنة يرث كما يرث غير
ولد الملائنة وأنه ليس لأمه الا الثلث والباقي لبيت المال الآن يكون له اخوة لأم فيكون لهم الثلث
أو تكون أمه مولاة فيكون باقي المال لمواليها والا فالباقى لبيت مال المسلمين وبه قال مالك والشافعي
وأبو حنيفة وأصحابه الآن بأحنيقة على مذهبه يجعل ذوى الارحام أولى من جماعة المسلمين وأيضاً على
قياس من يقول بالرد على الام بقية المال وذهب على وعمر وابن مسعود إلى أن عصبة أمه أعنى

الذين يرثونها وروى عن علي وابن مسعود انهم كانوا لا يجعلون عصبة أمه الامع فقد الام وكاتوا
ينزلون الام بمنزلة الاب وبه قال الحسن وابن سيرين والثوري وابن حنبل وجماعة وعمدة الفريق الاول
عموم قوله تعالى (فان لم يكن له ولد وورثته ابواه فلامه الثلث) فقالوا هذه أم وكل أم لها الثلث فهدى لها
الثلث وعمدة الفريق الثاني ما روى من حديث ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه ألقى ولد الملاعنة
بأمه وحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال جعل النبي صلى الله عليه وسلم ميراث ابن الملاعنة لأمه
ولورثته وحديث واثلة بن الاسقع عن النبي صلى الله عليه وسلم قال للمرأة تحوز ثلاثة أموال عتيقها ولقيطها
وولدها الذي لا عنت عليه وحديث مكحول عن النبي صلى الله عليه وسلم بمثل ذلك خرج جميع ذلك
أبو داود وغيره قال القاضي هذه الآثار المصير اليها واجب لانها قد خصصت عموم الكتاب والجمهور على أن
السنة يخص بها الكتاب ولعل الفريق الاول لم تبلغهم هذه الاحاديث أو لم تصح عندهم وهذا القول
مروى عن ابن عباس وعثمان وهو مشهور في الصدر الاول واشتهر في الصحابة دليل على صحة هذه الآثار
فان هذا ليس يستنبط بالقياس والله أعلم ومن مسائل ثبوت النسب الموجب ليراث اختلافهم فبين ترك
ابنين وأقرأحدهم بأخ ثالث وأنكر الثاني فقال مالك وأبو حنيفة يجب عليه أن يعطيه حقه من الميراث
يعنون المقر ولا يثبت بقوله نسبه وقال الشافعي لا يثبت النسب ولا يجب على المقر أن يعطيه من الميراث
شيأ واختلف مالك وأبو حنيفة في القدر الذي يجب على الاخ المقر فقال مالك يجب عليه ما كان يجب
عليه لو أقر الاخ الثاني وثبت النسب وقال أبو حنيفة يجب عليه أن يعطيه نصف ما يده وكذلك الحكم
عند مالك وأبي حنيفة فبين ترك ابنا واحدا فافر بأخ له آخر أعنى أنه لا يثبت النسب ويجب الميراث
وأما الشافعي فعنه في هذه المسئلة قولان أحدهما انه لا يثبت النسب ولا يجب الميراث والثاني يثبت
النسب ويجب الميراث وهو الذي عليه تناظر الشافعية في المسائل الطهلولية ويجعلها مسئلة عامة وهو أن
كل من يجوز له المال يثبت النسب باقراره وان كان واحدا أو أغير ذلك وعمدة الشافعية في المسئلة الاولى
وفي أحد قوليه في هذه المسئلة أعنى القول الغير المشهور ان النسب لا يثبت الا بشاهدي عدل وحيث
لا يثبت فلا ميراث لان النسب أصل والميراث فرع وإذا لم يوجد الأصل لم يوجد الفرع وعمدة مالك
وأبي حنيفة ان ثبوت النسب هو حق متعد الى الاخ المنكر فلا يثبت عليه الا بشاهدين عدلين وأما حظه
من الميراث الذي يبدل المقر فافقاره فيه عامل لانه حق أقر به على نفسه والحق ان القضاء عليه لا يصح من
الحاكم الا بعد ثبوت النسب وأنه لا يجوز له بين الله تعالى وبين نفسه أن يمنع من يعرف انه شريكه
في الميراث حظه منه وأما عمدة الشافعية في اثباتهم النسب باقرار الواحد الذي يجوز الميراث فالسمع
والقياس أما السماع فحديث مالك عن ابن شهاب عن عروة عن عائشة المتفق على صحته قالت كان عتبة
ابن أبي وقاص عهد الى أخيه سعد بن أبي وقاص أن ابن وليدة زمة منى فاقبضه اليك فلما كان عام الفتح
أخذته سعد بن أبي وقاص وقال ابن أخي قد كان عهد الى فيه فقام اليه عبد بن زمة فقال أخى وابن وليدة أبى
ولدى فراشه ففساوا قاله رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال سعد يا رسول الله ابن أخي قد كان عهد الى
فيه فقام اليه عبد بن زمة فقال أخى وابن وليدة أبى ولدى فراشه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم
هولك يا عبد بن زمة ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم والواحد لفراس والعاقر الحبر ثم قال لسودة بنت

زمنة احتجبي منه لما رأى من شبهة بعثته بن أبي وقاص قالت فإرأها حتى نرى الله عز وجل ففضى رسول الله صلى الله عليه وسلم لعبد بن زمعة بأخيه وأثبت نسبه بإقراره اذ لم يكن هنالك وارث منازعه وأما أكثر الفقهاء فقد أشكل عليهم معنى هذا الحديث لخروجه عنهم عن الاصل المجمع عليه في اثبات النسب وولم في ذلك تأويلات وذلك أن ظاهر هذا الحديث أنه أثبت نسبه بإقرار أخيه به والاصل أن لا يثبت نسب الابشاهدى عدل ولذلك تأويلات فقلت طائفة أنه إنما أثبت نسبه عليه الصلاة والسلام بقول أخيه لأنه يمكن أن يكون قد علم أن تلك الامة كان يطؤها زمعة بن قيس وانما كانت فراشا له قالوا ومما يؤيد كذا ذلك أنه كان صهره وسودة بنت زمعة كانت زوجته عليه الصلاة والسلام فممكن أن لا يخفى عليه أمرها وهذا على القول بأن للقاضي أن يقضى بعلمه ولا يليق هذا التأويل بمنهيب مالك لأنه لا يقضى القاضي عنده بعلمه ويليق بمذهب الشافعي على قوله الآخر أعني الذي لا يثبت فيه النسب والذين قالوا بهذا التأويل قالوا إنما أمر سودة بالحنجة احتياطاً لشبهة الشبه لأن ذلك كان واجباً وقال مالك كان هذا بعض الشافعية ان للزوج أن يحجب الاخت عن أخيه وقالت طائفة أمره بالاحتجاب لسودة دليل على أنه لم يلحق نسبه بقول عتبة ولا بعلمه بالفراش وافترق هؤلاء في تأويل قوله عليه الصلاة والسلام هو لك فقلت طائفة إنما أراد هو عبدك اذ كان ابن أمة أمييك وهذا غير ظاهر لتعليل رسول الله صلى الله عليه وسلم حكمه في ذلك بقوله الولد للفراش وللعاهر الحجر وقال الطحاوي إنما أراد بقوله عليه الصلاة والسلام هو لك ياعبد بن زمعة أي يدك عليه بمنزلة ما هو يد اللاقط على اللقطة وهذه التأويلات تضعف لتعليله عليه الصلاة والسلام حكمه بأن قال الولد للفراش وللعاهر الحجر وأما المعنى الذي يعتمد عليه الشافعية في هذا المنهج فهو أن اقرار من يحوز الميراث هو اقرار خلافة أي اقراره من حاز خلافة الميت وعند الغير انه اقرار شهادة لا اقرار خلافة يريد أن اقرار الذي كان للميت اتقى الى هذا الذي حاز ميراثه واتفق الجمهور على أن أولاد الزنا لا يلحقون بأبائهم الا في الجاهلية على ما روى عن عمر بن الخطاب على اختلاف في ذلك بين الصحابة وشذوهم فقالوا يلحق ولد الزنا في الاسلام أعني الذي كان عن زنا في الاسلام واتفقوا على أن الولد لا يلحق بالفراش في أقل من ستة أشهر امامن وقت العقد وامامن وقت الدخول وانه يلحق من وقت الدخول الى أقصر زمان الحمل وان كان قد فارقتها واعتزلها واختلفوا في أطول زمان الحمل الذي يلحق به بالولد الولد فقال مالك خمس سنين وقال بعض أصحابه سبع وقال الشافعي أربع سنين وقال الكوفيون سنتان وقال محمد بن الحكم سنة وقال داود ستة أشهر وهذه المسئلة مرجوع فيها الى العادة والتجربة وقول ابن عبد الحكم والظاهرية هو أقرب الى المعتاد والحكم إنما يجب أن يكون بالمعتاد بالاندر ولعلنا أن يكون مستحيلاً وذهب مالك والشافعي الى أن من تزوج امرأة ولم يدخل بها ودخل بها بعد الوقت وأتمت بولدها ستة أشهر من وقت العقد لا من وقت الدخول انه لا يلحق به الا اذا أتمت به ستة أشهر فأكثر من ذلك من وقت الدخول وقال أبو حنيفة هي فراش له ويلحق الولد وعمدة مالك انها ليست بفراش الا بالمكان الوطء وهو مع الدخول وعمدة أبي حنيفة عموم قوله عليه الصلاة والسلام الولد للفراش وكأنه يرى أن هذا تعبد بمنزلة تغليب الوطء الحلال على الوطء الحرام في الحاق الولد بالوطء الحلال واختلفوا من هذا الباب في اثبات النسب بالطائفة وذلك عند ما يطأ رجلان

في طهر واحد ملك يمين أو بشكاح ويتصور الحكم أيضا بالقافة في اللقيط الذي يدعيه رجلان أو ثلاثة والقافة عند العرب هم قوم كانت عندهم معرفة بفصول تشابه أشخاص الناس فقال بالقافة من فقهاء الأمصار مالك والشافعي وأحمد وأبو ثور والاوزاعي وأبي الحكم بالقافة الكوفيون وأكثراهل العراق والحكم عندهؤلاء أنه اذا ادعى رجلان ولدا كان الولد بينهما وذلك اذ لم يكن لأحدهما فراش مثل أن يكون لقيطا أو كانت المرأة الواحدة لكل واحد منهما فراشا مثل الأمة أو الحرة يطو هارجلان في طهر واحد وعند الجمهور من القائلين بهذا القول انه يجوز أن يكون عندهم لابن الواحد أو ان فقط وقال محمد صاحب أبي حنيفة يجوز أن يكون ابنا لثلاثة ان ادعوه وهذا كله تخليط وابطال للعقول والمنقول وعمدة استدلال من قال بالقافة ما رواه مالك عن سليمان بن يسار أن عمر بن الخطاب كان يلبط أولاد الجاهلية بمن استلطمهم أي بمن ادعاهم في الاسلام فأبى رجلان كلاهما يدعي ولد امرأة فدعا قائفا فنظر اليه فقال القافة لقد اشتركا فيه فضر به عمر بالرة ثم دعا المرأة فقال أخبريني بخبرك فقالت كان هذا لأحد الرجلين يأتي في ابل لأهلها فلا يفارقها حتى يظن ونظن أنه قد استقر بها حل ثم انصرف عنها فاهر يقت عليه دما ثم خلف هذا عليها تعني الآخر فلا أدري أيهما هو فكتب القافة فقال عمر للغلام وال أيهما شئت قالوا فقضاء عمر بمحض من الصحابة بالقافة من غير انكار من واحد منهم هو كالأجاع وهذا الحكم عند مالك اذا قضى القافة بالاشتركا أن يؤخر الصبي حتى يبلغ ويقال له وال أيهما شئت ولا يلحق واحد باثنين وبه قال الشافعي وقال أبو ثور يكون ابنا لهما اذا زعم القافة انهما اشتركا فيه وعند مالك انه ليس يكون ابنا لاثنتين لقوله تعالى (يا أيها الناس انا خلقناكم من ذكر وأنثى) واحتج القائلون بالقافة أيضا بحديث ابن شهاب عن عروة عن عائشة قالت دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم مسرورا تبرق أسارير وجهه فقال ألم تسمعي ما قال حمزة المسجلى لزيد واسامة ورأى أقدامهما فقال ان هذه الأقدام بعضهما من بعض قالوا وهذا مروي عن ابن عباس وعن أنس بن مالك ولا يخالف لهم من الصحابة وأما الكوفيون فقالوا الأصل أن لا يحكم لاحد المتنازعين في الولد إلا أن يكون هنالك فراش لقوله عليه السلام الولد للفراش فاذا عدم الفراش أو اشتركا في الفراش كان ذلك بينهما وكأنهم رأوا ذلك بنوة شرعية لاطبيعية فانه ليس يلزم من قال انه لا يمكن أن يكون ابن واحد عن أبوين بالعقل أن لا يجوز وقوع ذلك في الشرع وروى مثل قولهم عن عمر ورواه عبد الرزاق عن علي وقال الشافعي لا يقبل في القافة الا رجلان وعن مالك في ذلك روايتان احدهما مثل قول الشافعي والثانية انه يقبل قول قافة واحد والقافة في المشهور عن مالك انما يقضى بها في ملك اليمين فقط لافي النكاح وروى ابن وهب عنه مثل قول الشافعي وقال أبو عمر بن عبد البر في هذا حديث حسن مسند أخذ به جماعة من أهل الحديث وأهل الظاهر رواه الثوري عن صالح بن حي عن الشعبي عن زيد بن رهم قال كان علي باليمن فأبى بأمرأة وطها ثلاثة أناس في طهر واحد فسأل كل واحد منهم أن يقر لصاحبه بالولد فأبى فأقرع بينهم وقضى بالولد للنبي أصابته القرعة وجعل عليه ثلثي الدية فرفع ذلك الى النبي صلى الله عليه وسلم فأعجبه وضحك حتى بدت نواجذه وفي هذا القول انفاذ الحكم بالقافة والحق الولد بالقرعة واختلفوا في ميراث القتال على أربعة أقوال فقال قوم لا يرث القتال أصلا من قتله وقال آخرون يرث القتال وهم الأقل وفرق قوم بين

الخطأ والعمد فقالوا لا يرث في العمد شيئاً ويرث في الخطأ الامن الدية وهو قول مالك وأصحابه وفرق قوم بين أن يكون في العمد قتل بأمرو واجب أو بغير واجب مثل أن يكون من له اقامة الحدود وبالجملة بين أن يكون ممن يثم أولادهم وسبب الخلاف معارضة أصل الشرع في هذا المعنى للنظر المصلحة وذلك أن النظر المصلحة يقتضي أن لا يرث لثلاث تنزع الناس من الموارث الى القتل واتباع الظاهر والتعبد بوجوب أن لا يلتفت الى ذلك فإنه لو كان ذلك بمقاصد لالتفت اليه الشارع وما كان ربك نسياً كما تقول الظاهرية واختلفوا في الوارث الذي ليس بمسلم يسلم بعدموت موروثه المسلم وقبل قسم الميراث وكذلك ان كان موروثه على غير دين الاسلام فقال الجمهور انما يعتبر في ذلك وقت الموت فان كان اليوم الذي مات فيه المسلم وارثه ليس بمسلم لم يرثه أصلاً سواء أسلم قبل قسم الميراث أو بعده وكذلك ان كان موروثه على غير دين الاسلام وكان الوارث يوم مات غير مسلم وورثه ضرورة سواء كان اسلامه قبل القسم أو بعده وقالت طائفة منهم الحسن وقتادة وجماعة المعتبر في ذلك يوم القسم وروى ذلك عن عمر بن الخطاب وعمدة كلاله فرحين قوله صلى الله عليه وسلم أيام دار أو أرض قسمت في الجاهلية فهي على قسم الجاهلية وأيام دار أو أرض أدركها الاسلام ولم تقسم فهي على قسم الاسلام فمن اعتبر وقت القسمة حكم للقسم في ذلك الوقت بحكم الاسلام ومن اعتبر وجوب القسمة حكم في وقت الموت للقسم بحكم الاجتهاد - وروى من حديث عطاء أن رجلاً أسلم على ميراث على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل أن يقسم فأعطاه رسول الله صلى الله عليه وسلم نصيبه وكذلك الحكم عندهم فحين أعققت من الورثة بعد الموت وقبل القسم فهذه هي المسائل المشهورة التي تتعلق بهذا الكتاب قال القاضي ولما كان الميراث انما يكون بأحد ثلاثة أسباب اما بنسب أو وصية أو ولاء وكان قد قيل في الذي يكون بالنسب والصهر فيجب أن نذكر ههنا الولاء ولين يجب ومن يجب فيه ممن لا يجب وما أحكامه

باب في الولاء

فأما من يجب له الولاء ففيه مسائل مشهورة تجري مجرى الاصول لهذا الباب (المسألة الاولى) أجمع العلماء على ان من أعققت عبده عن نفسه فان ولاء له وأنه يرثه اذا لم يكن له وارث وأنه عصبه له اذا كان هنالك ورثته لا يحيطون بالمال فأما كون الولاء للمعتق عن نفسه فلما ثبت من قوله عليه السلام في حديث بريرة انما الولاء لمن أعقت واختلفوا اذا أعقت عبده عن غيره فقال مالك الولاء للمعتق عنه لا الذي باشر العتق وقال أبو حنيفة والشافعي ان أعتقه عن علم المعتق عنه فالولاء للمعتق عنه وان أعتقه عن غيره عاصمه فالولاء للبائش للعتق وعمدة الحنفية والشافعية ظاهر قوله عليه الصلاة والسلام الولاء لمن أعقت وقوله عليه الصلاة والسلام الولاء لجهة كاحمة النسب قالوا فلما لم يجز أن يلتحق بنسب بالحر بغير إذنه فكذلك الولاء ومن طريق المعنى فلان عتقه حرة وقعت في ملك المعتق فوجب أن يكون الولاء له أصله اذا أعتقه من نفسه وعمدة مالك انه اذا أعتقه عنه فقد ملكه اياه فأشبه الوكيل ولذلك اتفقوا على أنه اذا أذن له العتق عنه كان ولاؤه للبائش (٧) وعندما لك أنه من قال لعبده أنت حر لوجه الله وللمسلمين أن الولاء يكون للمسلمين وعندهم يكون للمعتق (المسألة الثانية) اختلف العلماء فحين أسلم على يديه رجل هل يكون ولاؤه له فقال مالك والشافعي والثوري وداود وجماعة لا ولاؤه له وقال أبو حنيفة وأصحابه

(٧) هكذا بالنسخ ولعل صوابه كان ولاؤه له للبائش تأمل اه مصححه

ولاؤه اذا اولاه وذلك أن من منزههم ان للرجل أن يوالى رجلا آخر فيرثه ويعقل عنه. وأن له أن ينصرف من ولائه الى ولاء غيره مالم يعقل عنه وقال غيره بنفس الاسلام على يديه يكون له ولاؤه فعمدة الطائفة الاولى قوله صلى الله عليه وسلم انما الولاء لعن أعنت وانما هذه هي التي يسمونها الحاصرة وكذلك الاتف واللام هي عندهم للحصر ومعنى الحصر هو أن يكون الحكم خاصا بالمحكوم عليه لا يشركه فيه غيره أعنى أن لا يكون ولاء بحسب مفهوم هذا القول الالبعق فقط المباشر وعمدة الخنفية في اثبات الولاء بالمواالة قوله تعالى (ولكل جعلنا موالى عما ترك الوالدان والاقربون) وقوله تعالى (والذين عاقبت أيمانكم فَأَتَوْهُمْ نَصِيحُهُمْ) وحجة من قال الولاء يكون بنفس الاسلام فقط حديث عيم الدارى قال سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المشرک يسلم على يدي مسلم فقال هو أحق الناس وأولاهم بحبائه وعماته وقضى به عمر بن عبد العزيز وعمدة الفريق الاول أن قوله تعالى (والذين عاقبت أيمانكم) منسوخة بآية المواريث وان ذلك كان في صدر الاسلام وأجمعوا على أنه لا يجوز بيع الولاء ولا هبته لثبوت نهييه عليه الصلاة والسلام عن ذلك الاولاء السائبة (المسئلة الثالثة) اختلف العلماء اذا قال السيد لعبده أنت سائبة فقال مالك ولاؤه وعقله للمسلمين وجعله بمنزلة من أعنت عن المسلمين الآن يريد به معنى العتق فقط فيكون ولاؤه له وقال الشافعي وأبو حنيفة ولاؤه للعتق على كل حال وبه قال أحمد وداود وأبو ثور وقالت طائفة له أن يجعل ولاءه حيث شاء وان لم يوال أحد كان ولاؤه للمسلمين وبه قال الليث والاوزاعي وكان ابراهيم والشعي يقولان لأبأس يبيع ولاء السائبة وهبته وحجة هؤلاء هي الطحج المتقدمة في المسئلة التي قبلها وأما من أجاز بيعه فلا أعرف له حجة في هذا الوقت (المسئلة الرابعة) اختلف العلماء في ولاء العبد المسلم اذا أعنته النصراني قبل أن يباع عليه لمن يكون فقال مالك وأصحابه ولاؤه للمسلمين فان أسلم مولا بعد ذلك لم يعد اليه ولاؤه ولا ميراثه وقال الجمهور ولاؤه لسيدته فان أسلم كان له ميراثه وعمدة الجمهور أن الولاء كالنسب وأنه اذا أسلم الاب بعد اسلام الابن انه يرثه فكذلك العبد وأما عمدة مالك فعموم قوله تعالى (ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا) فهو يقول انه لما لم يجبهه الولاء يوم العتق لم يجبهه فيما بعد وأما اذا وجبه يوم العتق ثم طرأ عليه مانع من وجوبه فلم يختلقوا انه اذا ارتفع ذلك المانع أنه يعود للولاءه ولذلك اتفقوا أنه اذا أعنت النصراني الذي عبده النصراني قبل أن يسلم أحدهما ثم أسلم العبد أن الولاء يرتفع فان أسلم المولى عاداليه وان كانوا اختلقوا في الحربى يعتق عبده وهو على دينه ثم يخرجان الينامسا من فقال مالك هو مولا يريته وقال أبو حنيفة لا ولاه بينهما والعبد أن يوالى من شاء على مذهبه في الولاء والتحالف وخالف أشهب مالكا فقال اذا أسلم العبد قبل المولى لم يعد الى المولى ولاؤه أبدا وقال ابن القاسم يعود وهو معنى قول مالك لان مالك يعتبر وقت العتق وهذه المسائل كلها هي مفروضة في القول لا تقع بعد فانه ليس من دين النصراني أن يسترق بعضهم بعضا ولا من دين اليهود فيما يعتقدونه في هذا الوقت ويزعمون انه من ملهم (المسئلة الخامسة) أجمع جمهور العلماء على أن النساء ليس هن مدخل في وراثة الولاء الا من باشرن عتقه بأنفسهن أو باجر البهن من باشرن عتقه اما بولاء أو بنسب مثل معتق معتقها وابن معتقها وانهن لا يرثن معتق من يرثه اما حكي عن شريح وعنده أنه لما كان لمالواؤه ما أعنتت بنفسها كان لمالواؤه ما أعنته موروثها قياسا على الرجل وهذا هو

الذى يعرفونه بقياس المعنى وهو أرفع مراتب القياس وإنما الذى يوهنه الشذوذ وعمدة الجمهور أن الولاء إنما وجب للنعمة التى كانت للمعتق على المعتق وهذه النعمة إنما توجد فعين مباشر العتق أو كان من سبب قوى من أسبابه وهم العصبة قال القاضى واذ قد تقرر من له ولاء بمن ليس له ولاء فبقى النظر فى ترتيب أهل الولاء فى الولاء فغن أشهر مسائلهم فى هذا الباب المسئلة التى يعرفونها بالولاء الكبير مثال ذلك رجل أعنتق عبدا ثم مات ذلك الرجل وترك أخوين وأبنتين ثم مات أحد الاخوين وترك ابنا أو أحدا الابنتين فقال الجمهور فى هذه المسئلة ان حظ الاخ الميتم من الولاء لا يرثه عنه ابنه وهو راجع الى أخيه لانه أحق به من ابنه بخلاف الميراث لان الحجب فى الميراث يعتبر بالقرب من الميت وهنا بالقرب من المباشر للمعتق وهو مرى عن عمر بن الخطاب وعلى وعثمان وابن مسعود وزيد بن ثابت بين الصحابة وقال شريح وطائفة من أهل البصرة حق الاخ الميتم فى هذه المسئلة لبنيه وعمدة هؤلاء تشبيه الولاء بالميراث وعمدة الفريق الاوّل ان الولاء نسب مبدؤه من المباشر ومن مسائلهم المشهورة فى هذا الباب المسئلة التى تعرف بحجر الولاء وصورتها أن يكون عبده بنون من أمة فاعتقت الامة ثم أعنتق العبد بعد ذلك فان العلماء اختلفوا لمن يكون ولاء البنين اذا أعنتق الاب وذلك أنهم اتفقوا على أن ولاءهم بعد عتق الام اذالم يحس المولود الرق فى بطن أمه وذلك يكون اذا تزوجها العبد بعد العتق وقبل عتق الاب هو المولى الام واختلفوا اذا أعنتق الاب هل يحجر ولاء بنيه لمواليه أم لا يحجر فذهب الجمهور ومالك وأبو حنيفة والشافعى وأصحابهم الى أنه يحجر وبه قال على رضى الله عنه وابن مسعود والزبير وعثمان بن عفان وقال عطاء وعكرمة وابن شهاب وجاعة لا يحجر ولاءه وروى عن عمر وقضى به عبد الملك بن مروان لما حدث به بقيصة بن ذؤيب عن عمر بن الخطاب وان كان قد روى عن عمر مثل قول الجمهور وعمدة الجمهور ان الولاء مشبه بالنسب والنسب للاب دون الام وعمدة الفريق الثانى أن البنين لما كانوا فى الحرية تابعين لامهم كانوا فى موجب الحرية تابعين لها وهو الولاء وذهب مالك الى أن الجد يحجر ولاء حفدته اذا كان أبوهم عبدا الآن يعتق الاب وبه قال الشافعى وخالفه فى ذلك الكوفيون واعتقدوا فى ذلك على أن ولاء الجد إنما يثبت لمعتق الجد على البنين من جهة الاب واذا لم يكن للاب ولاء فأحرى أن لا يكون للجد وعمدة الفريق الثانى أن عبودية الأب هى كونه فوجب أن ينتقل الولاء الى أبى الأب ولا خلاف بين من يقول بأن الولاء للعصبة فيما أعلم أن الابناء أحق من الآباء وأنه لا ينتقل الى العمود الأعلى اذا فاقد العمود الأسفل بخلاف الميراث لأن البنوة عندهم أقوى تعصبا من الابوة والأب أضعف تعصبا والاخوة وبنوهم أقعد عند مالك من الجد وعند الشافعى وأبى حنيفة الجد أقدم منهم وسبب الخلاف من أقرب نسبوا أقوى تعصبا وليس يورث بالولاء جزء مفروض وإنما يورث تعصبا فاذا مات المولى الأسفل ولم يكن له ورثة أصلا أو كان له ورثة لا يحيطون بالميراث كان عاصبه المولى الأعلى وكذلك يعصب المولى الأعلى كل من لمولى الأعلى عليه ولادة نسب أعنى بناته وبنيه وبني بنيه وفى هذا الباب مسئلة مشهورة وهى اذا مات امرأه ولها ولاء وولد وعصبة لمن ينتقل الولاء فقالت طائفة لعصبتها لأنهم الذين يعقلون عنها والولاء للعصبة وهو قول على بن أبى طالب وقال قوم لا يها وهو قول عمر بن الخطاب وعليه فقهاء الأمصار وهو مخالف لأهل هذا السلف لان ابن المرأة ليس من عصبتها ثم كآب القرأئض والولاء والجدلة حق حده

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً ﴾

﴿ كتاب العتق ﴾

والنظر في هذا الكتاب فيمن يصح عتقه ومن لا يصح ومن يلزمه ومن لا يلزمه أعني بالشرع وفي ألفاظ العتق وفي الإيمان به وفي أحكامه وفي الشروط الواقعة فيه ونحن قائما نذكر من هذه الأبواب ما فيها من المسائل المشهورة التي يتعلق أكترها بالمسموع فأما من يصح عتقه فأنهم أجمعوا على أنه يصح عتق المالك التام الملك الصحيح الرشيد القوي الجسم الغني غير العديم واختلقوا في عتق من أحاط الدين بماله وفي عتق المريض وحكمه فأما من أحاط الدين بماله فإن العلماء اختلفوا في جواز عتقه فقالوا أكثر أهل المدينة ماله وغيره لا يجوز ذلك وبه قال الأوزاعي والليث وقال فقهاء العراق ذلك جائز حتى يحجر عليه الحاكم وذلك عند من يرى التحجير منهم وقد يخرج عن مالك في ذلك الجواز قياساً على ما روي عنه في الرهن أنه يجوز وإن أحاط الدين بماله الرهن ماله يحجر عليه الحاكم وعمدة من منع عتقه أن ماله في تلك الحال مستحق للغرماء فليس له أن يخرج منه شيئاً بغير عوض وهي العلة التي بها يحجر الحاكم عليه التصرف في الأحكام يجب أن توجد مع وجود دملها وتحجير الحاكم ليس بعتة وإنما هو حكم واجب من موجبات العلة فلا اعتبار بوقوعه وعمدة الفريق الثاني أنه قد انعقد الإجماع على أنه لا ينطأ جاريته ويجعلها لا برد شيئاً مما أنفق من ماله على نفسه وعياله حتى يضرب الحاكم على يديه فوجب أن يكون حكم نصرته هذا الحكم وهذا هو قول الشافعي ولا خلاف عند الجميع أنه لا يجوز أن يعتق غير المحتلم مالم تكن وصية منه وكذلك المحجور ولا يجوز عند العلماء عتقه لشيء من ممتلكاته المالكا وأكثر أصحابه فأنهم أجازوا عتقه لأم ولده وأما المريض فالجمهور على أن عتقه إن صح وقع وإن مات كان من الثلث وقال أهل الظاهر هو مثل عتق الصحيح وعمدة الجمهور حديث عمران بن الحصين أن رجلاً أعتق ستة أعبد له الحديث على ما تقدم وأما من يدخل عليهم العتق كرها فهم ثلاثة من بعض العتق وهذا متفق عليه في أحد قسميه وإثنان مختلف فيهما وهما من ملك من يعتق عليه ومن مثل بعبد فاما من بعض العتق فإنه ينقسم قسمين أحدهما من وقع تبعض العتق منه وليس له من العبد إلا الجزء المعتق والثاني أن يكون ملك العبد كله ولكن بعض عتقه اختياراً منه فأما العبد بين الرجلين يعتق أحدهما حظه منه فإن الفقهاء اختلفوا في حكم ذلك فقال مالك والشافعي وأحمد بن حنبل إن كان المعتق موسراً قوم عليه نصيب شريكه قيمة العبد فدفع ذلك إلى شريكه وعتق الكل عليه وكان ولاؤه له وإن كان المعتق معسراً لم يلزمه شيء وبقي المعتق بعضه عبداً وأحكامه أحكام العبد وقال أبو يوسف ومحمد إن كان معسراً سعى العبد في قيمته للسيد الذي لم يعتق حظه منه وهو حر يوم أعتق حظه منه الأول ويكون ولاؤه للأول وبه قال الأوزاعي وابن شبرمة وابن أبي ليلى وجماعة الكوفيين إلا أن ابن شبرمة وابن أبي ليلى جعل العبد أن يرجع على المعتق بما سعى فيه متى أيسر وأما شريك المعتق فإن الجمهور على أنه له الخيار في أن يعتق أو يقوم نصيبه على المعتق وقال أبو حنيفة لشريك الموسر ثلاث خيارات أحدها أن يعتق كما أعتق شريكه ويكون الولاء بينهما وهذا الخلاف فيه بينهم والخيار الثاني أن تقوم عليه حصته والثالث أن يكلف العبد السعي في ذلك إن شاء ويكون الولاء بينهما وللسيد المعتق عبده عنده إذا قوم عليه شريكه نصيبه أن يرجع على العبد

فيسعى فيه ويكون الولاء كله للعق وعنده مالك والشافعي حديث ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من أعتق شركا له في عبد وكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة العدل فأعطى شركاءه حصصهم وعق عليه العبد والافقه عتق منه ماعتق وعنده محمد وأبي يوسف صاحب أبي حنيفة ومن يقول بقولهم حديث أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من أعتق شقه في عبد خلاصه في ماله إن كان له مال فإن لم يكن له مال استسعى العبد غير مشقوق عليه وكلا الحديثين خرجاه أهل الصحيح البخاري ومسلم وغيرهما ولكل طائفة منهم قول في ترجيح حديثه الذي أخذ به فما وهنت به الكوفية حديث ابن عمر أن بعض رواه شك في الزيادة المعارضة فيه لحديث أبي هريرة وهو قوله والافقه عتق منه ماعتق فهل هو من قوله عليه السلام أم من قول نافع وإن في لفاظه أيضا بين رواه اضطرابا وما هو به المالكيون حديث أبي هريرة أنه اختلف أصحاب قتادة فيه على فتادة في ذكر السعاية وأما من طريق المعنى فأعتمدت المالكية في ذلك على أنه انما لزم السيد التقويم إن كان له مال للضرر الذي أدخله على شركه والعبد لم يدخل ضررا فليس يلزمه شيء وعنده الكوفيون من طريق المعنى إن الحرية حق ماضى لا يجوز تبغيضه فإذا كان الشريك المعتق موسرا عتق الكل عليه وإذا كان معسرا سعى العبد في قيمته وفيه مع هذا رفع الضرر الداخل على الشريك وليس فيه ضرر على العبد وربما اتوا بقياس شبيه وقالوا لما كان العتق يوجد منه في الشرع نوعان نوع يقع بالاختيار وهو اعتاق السيد عبده ابتغاء ثواب الله ونوع يقع بغير اختيار وهو أن يعتق على السيد من لا يجوز له بالشرعية ملكه وجب أن يكون العتق بالسعي كذلك فالذي بالاختيار منه هو الكافة والذي هو داخل بغير اختيار هو السعي واختلاف مالك والشافعي في أحد قوليه إذا كان المعتق موسرا هل يعتق عليه نصيب شريك بالحكم أو بالسراية أضحى أنه يسرى وجوب عتقه عليه بنفس العتق فقالت الشافعية يعتق بالسراية وقالت المالكية بالحكم واحتجبت المالكية بأنه لو كان واجبا بالسراية لسرى مع العدم واليسر واحتجبت الشافعية باللازم عن مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام قوم عليه قيمة العدل فقالوا ما يجب تقويمه فأنما يجب بعد اتلافه فأذن بنفس العتق ألتف حظ صاحبه فوجب عليه تقويمه في وقت الاتلاف وإن لم يحكم عليه بذلك حاكم وعلى هذا فليس للشريك أن يعتق نصيبه لأنه قد نفذ العتق وهذا بين وقول أبي حنيفة في هذه المسئلة مخالف لظاهر الحديثين وقدرى فيها خلاف شاذ فقيل عن ابن سيرين أنه جعل حصص الشريك في بيت المال وقيل عن ربيعة فحين أعتق نصيبه في عبد إن العتق باطل وقال قوم لا يقوم على المعسر الكل وينفذ العتق فيما أعتق وقال قوم بوجوب التقويم على المعتق موسرا أو معسرا ويتبعه شريكه وسقط العسر في بعض الروايات في حديث ابن عمر وهذا كله خلاف الأحاديث ولعلمهم لم تبلغهم الأحاديث واختلف قول مالك من هذا في فرع وهو إذا كان معسرا فتأخر الحكم عليه بإسقاط التقويم حتى أيسر فقيل يقوم وقيل لا يقوم وانفق القائلون بهذه الآثار على أن من ملك باختياره شقه يعتق عليه من عبدا أنه يعتق عليه الباقي إن كان موسرا إلا إذا ملكه بوجه لا اختياره فيه وهو أن يملكه بمراث فقال قوم يعتق عليه في حال اليسر وقال قوم لا يعتق عليه وقال قوم في حال اليسر بالسعاية وقال قوم لا وإذا ملك السيد جميع العبد فأعتق بعضهم فجمهور علماء الحجاز والعراق مالك والشافعي

والثوري والاوزاعي وأجدوا بن أبي ليلى ومحمد بن الحسن وأبو يوسف يقولون يعتق عليه كله وقال أبو حنيفة وأهل الظاهر يعتق منه ذلك القدر الذي عتق وبسبب العبد في الباقي وهو قول طائوس وجاد وعمدة استدلال الجمهور أنه لما ثبتت السنة في اعتاق نصيب الغير على الغير لحرمة العتق كان أحرى أن يجب ذلك عليه في ملكه وعمدة أبي حنيفة أن سبب وجوب العتق على المبعض العتق هو الضرر الداخل على شريكه فإذا كان ذلك كله ملكاً لم يكن هناك ضرر فسبب الاختلاف من طريق المعنى هل علة هذا الحكم حرمة العتق أعني أن لا يقع فيه تبعض أو مضرة الشريك واحتجت الحنفية بما رواه اسماعيل ابن أمية عن أبيه عن جده أنه أعتق نصف عبده فلم ينكر رسول الله صلى الله عليه وسلم عتقه ومن عمدة الجمهور ما رواه النسائي وأبو داود عن أبي الميخ عن أبيه أن رجلاً من هذيل أعتق شقيقاً له من مملوكه فقم النبي عليه الصلاة والسلام عتقه وقال ليس لله شريك وعلى هذا فقد نص على العلة التي تمسك بها الجمهور وصارت علتهم أولى لأن العلة المنصوص عليها أولى من المستنبطة فبسبب اختلافهم تعارض الآثار في هذا الباب وتعاض القياس وأما الاعتاق الذي يكون بالثلثة فإن العلماء اختلفوا فيه فقال مالك والليث والاوزاعي من مثل بعده أعتق عليه وقال أبو حنيفة والشافعي لا يعتق عليه وشذذ الاوزاعي فقال من مثل بعده غيره أعتق عليه والجمهور على أنه يضمن ما نقص من قبة العبد فمالك ومن قال بقوله اعتمد حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن زنباعاً وجد غلاماً له مع جارية فقطع ذكره وجدع أنفه فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فذكر ذلك له فقال له النبي صلى الله عليه وسلم ما جعلك على ما فعلت فقال فصل كذا وكذا فقال النبي صلى الله عليه وسلم اذهب فأنت حر وعمدة الفريقين الثاني قوله صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر من لطم مملوكه أو ضربه فكفارته عتقه قالوا فلم يلزم العتق في ذلك وإنما ندب إليه ولهم من طريق المعنى أن الأصل في الشرع هو أنه لا يكره السيد على عتق عبده إلا مخرجه الدليل وأحاديث عمرو بن شعيب مختلف في محتملها فلم تبلغ من القوة أن يخص بها مثل هذه القاعدة وأما هل يعتق على الإنسان أحده من قرابته وإن عتق فحين يعتق فأنهم اختلفوا في ذلك فجمهور العلماء على أنه يعتق على الرجل بالقرابة الأباؤ والأجداد والأبناء والأهبات وآباؤهم وأمهاتهم وبالجملة كل من كان له على الإنسان ولادة والثاني فروعه وهم الأبناء والبنات وولد لهم ماسفلوا وسواء في ذلك ولد البنين وولد البنات وبالجملة كل من للرجل عليه ولادة بغير توسط أو بتوسط ذكر أو أنثى والثالث الفروع المشاركة له في أصله القريب وهم الأخوة وسواء كانوا آباً وأم أو لأب فقط أو لأم فقط واقتصر من هذا العمود على القريب فقط فلم يوجب عتق بنى الأخوة وأما الشافعي فقال مثل قول مالك في العمودين الأعلى والأسفل وخالفه في الأخوة فلم يوجب عتقهم وأما أبو حنيفة فوجب عتق كل ذي رحم محرم بالنسب كالعمة والخال والخالة وبنات الأخ ومن أشبههم ممن هو من الإنسان ذو محرم وسبب اختلاف أهل الظاهر مع الجمهور اختلافهم في مفهوم الحديث الثابت وهو قوله عليه السلام لا يجزى ولد عن والده إلا أن يجده مملوكاً فيشتر به فيعتقه خرجه مسلم والترمذي وأبو داود وغيرهم

فقال الجمهور يفهم من هذا انه اذا اشتراه وجب عليه عتقه وانه ليس يجب عليه شراؤه وقالت الظاهرية المفهوم من الحديث انه ليس يجب عليه شراؤه ولا عتقه اذا اشتراه قالوا لان اضافة عتقه اليه دليل على صحة ملكه ولو كان ما قالوا صوابا لكان اللفظ الا ان يشتريه فيعتق عليه وعمدة الحنفية ما رواه قتادة عن الحسن عن سمره أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من ملك ذارحم محرم فهو حر وكان هذا الحديث لم يصح عند مالك والشافعي وقاس مالك الاخرة على الابناء والآباء ولم يلحقهم بهم الشافعي واعتقد الحديث المتقدم فقط وقاس الأبناء على الآباء وقدرت المالكية أن تحتج لملكها بان البنوة صفة هي ضد العبودية وانه ليس يجمع معها لقوله تعالى (وما ينبئ للرحمن أن يتخذ ولدا ان كل من في السموات والأرض الا آتى الرحمن عبداً) وهذه العبودية هي معنى غير العبودية التي يحتجون بها فان هذه عبودية معقولة وبنوة معقولة والعبودية التي بين المخلوقين والمولايية هي عبودية بالشرع لا بالطبع أعنى بالوضع لا بحال العقل كما يقولون فيها عندهم وهو احتجاج ضعيف وانما أراد الله تعالى ان البنوة تساوى الابوة في جنس الوجود أو في نوعه أعنى ان الموجودين اللذين أحدهما أب والآخرون هم امتقار بان جدا حتى انهما اما أن يكونا من نوع واحد أو من جنس واحد ومادون الله من الموجودات فليس يجمع معه سبحانه في جنس قريب ولا بعيد بل التفاوت بينهما غاية التفاوت فلم يصح ان يكون في الموجودات التي ههنا شيء نسبته اليه نسبة الأب الى الابن بل ان كان نسبة الموجودات اليه نسبة العبد الى السيد كان أقرب الى حقيقة الأمر من نسبة الابن الى الأب لان التباعد الذي بين السيد والعبد في المرتبة أشد من التباعد الذي بين الأب والابن وعلى الحقيقة فلا شبه بين النسبتين لكن لما لم يكن في الموجودات نسبة أشد تباعدا من هذه النسبة أعنى تباعد طرفيهما في الشرف والخسة ضرب المثال بها أعنى نسبة العبد للسيد ومن لحظ المحبة التي بين الأب والابن والرحمة والرأفة والشفقة أجاز أن يقول في الناس انهم أبناء الله على ظاهر شريعة عيسى فبهذه جملة المسائل المشهورة التي تتعلق بالعتق الذي يدخل على الانسان بغير اختياره وقد اختلفوا من أحكام العتق في مسألة مشهورة تتعلق بالسباع وذلك ان الفقهاء اختلفوا فيمن أعنت عبده في مرضه أو بعد موته ولما لم يغيرهم فقال مالك والشافعي وأصحابهما وأحمد وجاعة اذا عنت في مرضه ولما لم يسواهم قسموا ثلاثة أجزاء وعتق منهم جزء بالقرعة بعد موته وكذلك الحكم في الوصية بعتقهم وخالفوا شهب وأصبح مالكا في العتق المبطل في المرض فقالا جميعا انما القرعة في الوصية وأما حكم العتق المبطل فهو كحكم المذنب ولا خلاف في منهج مالك ان المذنب في كلمة واحدة اذا ضاق عنهم الثلث انه يعتق من كل واحد منهم بقدر حظه من الثلث وقال أبو حنيفة وأصحابه في العتق المبطل اذا ضاق عنه الثلث انه يعتق من كل واحد منهم ثلثه وقال الغير بل يعتق من الجميع ثلثه فقوم من هؤلاء اعتبروا في ثلث الجميع القبة وهو منهج مالك والشافعي وقوم اعتبروا العدد فعند مالك اذا كانوا ستة أعيد مثلا عتق منهم الثلث بالقيمة كن الحاصل في ذلك اثنين منهم أو أقل أو أكثر وذلك أيضا بالقرعة بعد ان يجبروا على القسمة أثلاثا وقال قوم بل للمعتبر العدد فان كانوا ستة عتق منهم اثنان وان كانوا سبعة عتق منهم اثنان وثلث فعنده أهل الحجاز ما رواه أهل البصرة عن عمران بن الحصين ان رجلا عتق ستة مملوكين عندهم ولم يكن له مال غيرهم فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم فجزأهم

أثلاثاً ثم أقرع بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة خوجه البخارى ومسلم مسندا وأرسله مالك وعمدة
الحنفية ماجرت به عادتهم من رد الآثار التي تأتي بطرق الأحاد إذا خالفها الأصول الثابتة بالتواتر وعمدتهم
انه قد أوجب السيد لكل واحد منهم العتق تاما فلو كان لعمال لنفق باجتماع فاذ لم يكن لعمال وجب ان ينفذ
لكل واحد منهم بقدر الثلث الجائز فعل السيد فيه وهذا الأصل ليس بيننا من قواعد الشرع في هذا
الموضع وذلك انه يمكن ان يقال انه اذا أعتق من كل واحد منهم الثلث دخل الضرر على الورثة والعبيد
المعتقين وقد أزم الشرع ببعض العتق ان يتم عليه فلما لم يمكن هاهنا ان يتم عليه جمع في أشخاص
بأعيانهم لكن متى اعتبرت القيمة في ذلك دون العدد افضت الى هذا الأصل وهو تبعيض العتق
فلذلك كان الاول أن يعتبر العدد وهو ظاهر الحديث وكان الجزء المعتق في كل واحد منهم هو حق الله
فوجب ان يجمع في أشخاص بأعيانهم أصله حق الناس واختلفوا في مال العبد اذا أعتق لمن يكون
فقال طائفة المال للسيد وقالت طائفة ماله تبع له وبالأول قال ابن مسعود من الصحابة ومن الفقهاء
أبو حنيفة والثوري وأحمد واسحق وبالثاني قال ابن عمر وعائشة والحسن وعطاء ومالك وأهل المدينة
والخلة لهم حديث ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من أعتق عبدا فله الله الا ان يشترط السيد ماله
وأما ألفاظ العتق فان منها صريحا ومنها كناية عن كثر فقهاء الأمصار أما الألفاظ الصريحة فهوان
يقول أنت حر أو أنت عتيق وما تصرف من هذه فهذه الألفاظ تزم السيد باجتماع من العلماء وأما الكناية
فهى مثل قول السيد لعبده لا سيد لي عليك أو لا مالك لي عليك فهذه ينوي فيها سيد العبد هل أراد به
العتق أم لا عند الجمهور وما اختلفوا فيه في هذا الباب اذا قال السيد لعبد يابني أو لامته يابني أو قال
يابني أو يابني فقال قوم وهم الجمهور لا عتق يلزمه وقال أبو حنيفة يعتق عليه وشذرفر فقال لو قال
السيد لعبد هذا ابني عتق عليه وان كان العبد له عشرون سنة وللسيد ثلاثون سنة ومن هذا الباب
اختلافهم فيمن قال لعبد ما أنت الا حر فقال قوم هو ثناء عليه وهم الأكثر وقال قوم هو حر وهو
قول الحسن البصري ومن هذا الباب أيضا من نادى عبدا من عبيده باسمه فاستجاب له عبد آخر
فقال له أنت حر وقال انما أردت الأول فقيل يعتقان عليه جميعا وقيل ينوي وانفقوا على ان من أعتق
ما في بطن أمته فهو حر دون الأم واختلفوا فيمن أعتق أمة واستثنى ما في بطنها فقالت طائفة له استثنائه
وقالت طائفة هم احران واختلفوا في سقوط العتق بالمشيئة فقالت طائفة لا استثناء فيه كالطلاق وبه قال
مالك وقال قوم يؤثر فيه الاستثناء كقوله في الطلاق أعني قول القائل لعبد ما أنت حر ان شاء الله وكذلك
اختلفوا في وقوع العتق بشرط الملك فقال مالك يقع وقال الشافعي وغيره لا يقع وبجهم قوله عليه الصلاة
والسلام لا عتق فيما يملك ابن آدم وحجة الفرق الثانية تشبيههم اياه باليمين وألفاظ هذا الباب شبيهة
بألفاظ الطلاق وشروطه وكشروطه وكذلك الايمان فيه شبهة بايمان الطلاق وأما أحكامه فكثيرة
منها أن الجمهور على أن الأبناء تابعون في العتق والعبودية للام وشذ قوم فقالوا الا أن يكون الأب
عريا ومنها اختلافهم في العتق الى أجل فقال قوم ليس له أن يطاها ان كانت جارية ولا يبيع
ولا يهب وبه قال مالك وقال قوم له جميع ذلك وبه قال الاوزاعي والشافعي وانفقوا على جواز اشتراط

الخدمة على المعتق مدة معاومة بعد العتق وقبل العتق واختلفوا فيمن قال لعبد ان بعته فانتهى فقال قوم لا يقع عليه العتق لانه اذا باعه لم يملك عتقه وقال قوم ان باعه يعتق عليه أغنى من مال البائع اذا باعه وبه قال مالك والشافعي والأول قال أبو حنيفة وأصحابه والثوري وفروع هذا الباب كثيرة وفي هذا كفاية

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً ﴾

﴿ كتاب الكتابة ﴾

والنظر الكلي في الكتابة ينحصر في أركانها وشروطها وأحكامها أما الأركان فتلاثة العقد وشروطه وصفته والعاقدة والمعقود عليه وصفاتهما ونحن نذكر المسائل المشهورة لأهل الأمصار في جنس جنس من هذه الأجناس

﴿ القول في مسائل العقد ﴾

فن مسائل هذا الجنس المشهورة باختلافهم في عقد الكتابة هل هو واجب أو مندوب اليه فقال فقهاء الأمصار انه مندوب وقال أهل الظاهر هو واجب واحتجوا بظاهر قوله تعالى (فكتبوه) ان علمتم فيهم خيراً) والأمر على الوجوب وأما الجمهور فأنهم لما رأوا أن الأصل هو أن لا يجبر أحد على عتق مملوكه جازوا هذه الآية على التنب لثلاث كون معارضة هذا الأصل وأيضا فانه لما لم يكن للعبد ان يحكم له على سيده بالبيع له وهو خرج رقبته عن ملكه بموضع فاسى ان لا يحكم له عليه بخروجه عن غير عوض هو ملكه وذلك ان كسب العبد هو للسيد وهذه المسئلة هي أقرب أن تكون من أحكام العقد من أن تكون من أركانه وهذا العقد بالجله هو أن يشتري العبد نفسه وماله من سيده بمال يكتسبه العبد فاركان هذا العقد الثمن والمقنن والأجل والألفاظ الدالة على هذا العقد فاما الثمن فأنهم اتفقوا على أنه يجوز اذا كان معلوماً بالعلم الذي يشترط في البيوع واختلفوا اذا كان في لفظه ابهاماً فقال أبو حنيفة ومالك يجوز أن يكتب عبده على جارية أو عبد من غير أن يصفهما ويكون له الوسط من العبيد وقال الشافعي لا يجوز حتى يصفه فن اعتبر في هذا طلب المعاينة شبهه بالبيوع ومن رأى أن هذا العقد مقصوده المكارمة وعدم التشاح جوز فيه الغرر اليسير كحال اختلافهم في الصداق ومالك يجيز بين العبد وسيدة من جنس الربا ما لا يجوز بين الاجنبي والاجنبي من مثل بيع الطعام قبل قبضه وفسخ الدين في الدين وضع وتبطل ومنع ذلك الشافعي وأحمد وعن أبي حنيفة القولان جميعاً وعمدة من أجازاه أنه ليس بين السيد وعبد ربالانه وماله وإنما الكتابة سنة على حدتها وأما الأجل فأنهم اتفقوا على أنه يجوز أن تكون مؤجلة واختلفوا في هل تجوز حالة وذلك أيضاً بعد اتفاقهم على أنها تجوز حالة على مال موجود عند العبد وهي التي يسمونها قطعة لا كتابة وأما الكتابة فهي التي يشتري العبد فيها ماله ونفسه من سيده بمال يكتسبه فوضع خلاف أنما هو هل يجوز أن يشتري نفسه من سيده بمال حال ليس هو بيده فقال الشافعي هذا الكلام لغو وليس يلزم السيد منه شيء وقال متأخرو أصحاب مالك قبلزمت الكتابة للسيد ويرفعه العبد الى الحاكم فينجم عليه المال بحسب حال العبد وعمدة المالكية أن السيد قبل وأوجب لعبد الكتابة لانه اشترط فيها شرطاً يتعذر غالباً فصح العقد وبطل الشرط وعمدة الشافعية أن الشرط الفاسد يعود ببطلان أصل العقد كمن باع جاريته واشترط أن لا يظاها وذلك انه اذا لم يكن له مال حاضر

أدى الى عجزه وذلك ضد مقصود الكتابة وحاصل قول المالكية يرجع الى أن الكتابة من أركانها أن تكون منجمة وأنه اذا اشترط فيها ضد هذا الركن بطل الشرط وصح العقد وانفقوا على أنه اذا قال السيد لعبده قد كاتبتك على ألف درهم فاذا أديتها فانت حر أنه اذا أداه حر واختلفا اذا قال له قد كاتبتك على ألف درهم وسكت هل يكون حرا دون ان يقول له فاذا أديتها فانت حر فقال مالك وأبو حنيفة هو حر لان اسم الكتابة لفظ شرعي فهو يتضمن جميع أحكامه وقال قوم لا يكون حرا حتى يصرح بلفظ الاداء واختلف في ذلك قول الشافعي ومن هذا الباب اختلاف قول ابن القاسم ومالك فحين قال لعبده أنت حر عليك ألف دينار فاختلف المذهب في ذلك فقال مالك يلزمه وهو حر وقال ابن القاسم هو حر ولا يلزمه وأما ان قال أنت حر على ان عليك ألف دينار فاختلف المذهب في ذلك فقال مالك هو حر والمال عليه كفر من الغرماء وقيل العبد بالخيار فان اختار الحرية لزمه المال ونفقت الحرية والابن عبد. وقيل ان قبل كانت كتابة يعتق اذا أدى والقولان لابن القاسم ويجوز الكتابة عند مالك على عمل محدود ويجوز عنده الكتابة المطلقة ويردان الى كتابة مثله كالحال في النكاح ويجوز الكتابة عنده على قيمة العبد أعنى كتابة مثله في الزمان والنفس ومن هنا قيل انه يجوز عنده الكتابة الحائلة واختلف هل من شرط هذا العقد ان يضع السيد من آخر أجم الكتابة شيئا عن المكاتب لاختلافهم في مفهوم قوله تعالى (وأتوهم من مال الله الذي آتاكم) وذلك ان بعضهم رأى ان السادة هم مخاطبون بهذه الآية ورأى بعضهم انهم جماعة المسلمين ندبوا لعون المكاتبين والذين رأوا ذلك اختلفوا هل ذلك على الوجوب وعلى الندب والذين قالوا بذلك اختلفوا في القدر الواجب فقال بعضهم ما يطلق عليه اسم شيء وبعضهم حده وأما المكاتب ففيه مسائل احدها هل تجوز كتابة المراهق وهل يجمع في الكتابة الواحدة أكثر من عبد واحد وهل تجوز كتابة من يملك في العبد بعضه بغير اذن شريكه وهل تجوز كتابة من لا يقدر على السعي وهل تجوز كتابة من فيه بقية رق فأما كتابة المراهق القوي على السعي الذي لم يبلغ الحلم فأجازها أبو حنيفة ومنعها الشافعي الا للبالغ وعن مالك القولان جميعا فعمدة من اشترط البالوغ تشبيهها بسائر العقود وعمدة من لم يشترطه أنه يجوز بين السيد وعبده ولا يجوز بين الاجانب وان المقصود من ذلك انما هو القوة على السعي وذلك موجود في غير البالغ وأما هل يجمع في الكتابة الواحدة أكثر من عبد واحد فان العلماء اختلفوا في ذلك ثم اذا قلنا بالجمع فهل يكون بعضهم حلاء عن بعض بنفس الكتابة حتى لا يعتق واحد منهم الا بعق جميعهم فيه أيضا خلاف فأما هل يجوز الجمع فان الجمهور على جواز ذلك ومنعه قوم وهو أحد قولي الشافعي وأما هل يكون بعضهم حلاء عن بعض فان فيه لمن أجاز الجمع ثلاثة أقوال فقالت طائفة ذلك واجب بمطلق عقد الكتابة أعنى جلاله بعضهم عن بعض وبه قال مالك وسفيان وقال آخرون لا يلزمه ذلك بمطلق العقد ويلزم بالشرط وبه قال أبو حنيفة وأصحابه وقال الشافعي لا يجوز ذلك لا بالشرط ولا بمطلق العقد ويعتق كل واحد منهم اذا أدى قدر حصته فعمدة من منع الشركة ما في ذلك من الضرر لأن قدر ما يلزم واحدا واحدا من ذلك مجهول وعمدة من أجازها ان الضرر البسيط يستخف في الكتابة لأنه بين السيد وعبده والعبد وماله لسيد وأما مالك فحجته انه لما كانت الكتابة واحدة وجب ان يكون حكمهم حكم الشخص الواحد وعمدة الشافعية ان جلاله بعضهم عن بعض

لا فرق بينها وبين حالة الاجنبيين فمن رأى أن حالة الاجنبيين في الكتابة لا تجوز قال لا تجوز في هذا الموضع وإنما منعوا حالة الكتابة لأنه إذا عجز المكاتب لم يكن للحميل شيء يرجع عليه وهذا كأنه ليس يظهر في حالة العبيد بعضهم عن بعض وإنما الذي يظهر في ذلك أن هذا الشرط هو سبب لأن يحجز من يقدر على السعي بحجز من لا يقدر عليه فهو غرر خاص بالكتابة الآن يقال أيضا أن الجمع يكون سببا لأن يخرج حرام من لا يقدر من نفسه أن يسعى حتى يخرج حراما فهو كما يعود برق من يقدر على السعي كذلك يعود بحرية من لا يقدر على السعي وأما أبو حنيفة فشهد بها بحالة الاجنبي مع الاجنبي في الحقوق التي تجوز فيها الحالة فالزمها بالشرط ولم يلزمها بغير شرط وهو مع هذا أيضا لا يحجز حالة الكتابة وأما العبد بين الشريكين فإن العلماء اختلفوا هل لاحدهما أن يكتب نصيبه دون إذن صاحبه فقال بعضهم ليس له ذلك والكتابة مفسوخة وما قبض منها هي بينهم على قدر حصصهم وقالت طائفة يجوز أن يكتب الرجل نصيبه من عبده دون نصيب شريكه وفرقت فرقة فقالت يجوز باذن شريكه ولا يجوز بغير إذن شريكه وبالقول الأول قال مالك والثاني قال ابن أبي ليلى وأحد والثالث قال أبو حنيفة والشافعي في أحد قولي له قول آخر مثل قول مالك وعمدة مالك أنه لو جاز ذلك لآدى إلى أن يعتق العبد كله بالتقويم على الذي كاتب حظه منه وذلك لا يجوز إلا في تبعض العتق ومن رأى أن له أن يكتبه رأى أن عليه أن يتم عتقه إذا أدى الكتابة إذا كان موسرا فاحتجاج مالك هنا هو احتجاج بأصل لا بواقفه عليه الخصم لكن ليس يمنع من صحة الأصل أن لا يوافق عليه الخصم وأما اشتراط الإذن فضعيف وأبو حنيفة يرى في كيفية أداء المال للمكاتب إذا كانت الكتابة عن إذن شريكه أن كل ما أدى للشريك الذي كاتبه يأخذ منه الشريك الثاني نصيبه ويرجع بالباقي على العبد فيسعى له فيه حتى يتم له ما كان كاتبه عليه وهذا فيه بعد عن الأصول وأما هل تجوز مكتوبة من لا يقدر على السعي فلا خلاف فيما أعلم بينهم أن من شرط المكاتب أن يكون قويا على السعي لقوله تعالى (ان علمتم فيهم خيرا) وقد اختلف العلماء ما خير الذي اشترطه الله في المكاتبين في قوله ان علمتم فيهم خيرا فقال الشافعي الاكتساب والامانة وقال بعضهم المال والامانة وقال آخرون الصلاح والدين وأنكر بعض العلماء أن يكتب من لا حرفة له مخافة السؤال وأجاز ذلك بعضهم لحديث بريرة أنها كوتبت على أن تسأل الناس وكره مالك أن تكتب الامنة التي لا اكتساب لها بصناعة مخافة أن يكون ذلك ذريعة إلى الزنا وأجاز مالك كتابة المدبرة وكل من فيه بقية رقي الأم الولد اذ ليس له عند مالك أن يستخدمها

✽ القول في المكاتب ✽

وأما المكاتب فاتفقوا على أن من شرطه أن يكون مالكا صحيح الملك غير محجور عليه صحيح الجسم واختلفوا هل للمكاتب أن يكتب عبده أم لا وسأى في هذا فيما يجوز من أفعال المكاتب مما لا يجوز ولم يحجز مالك أن يكتب العبد المأذون له في التجارة لأن الكتابة عتق ولا يجوز له أن يعتق وكذلك لا تجوز كتابة من أحاط الدين بماله الآن يحجز الغرماء ذلك إذا كان في عمن كاتبته ان يبعث (٧) مثل ثمن رقبته وأما كتابة المريض فاتفقوا عنده في الثلث توقف حتى يصح فتحجز أو يموت فتكون من الثلث كالعتق سواء وقد قيل إن حابي كان كذلك وإن لم يحجب سعى فإن أدى وهو في المرض عتق وتجوز عنده كتابة النصراني

(٧) هكذا بعض النسخ وفي بعضها اسقاط لفظ ان يبعث ولعله هو الصواب تأمل اه مصححه

المسلم ويباع عليه كإيبيع عليه العبد المسلم عنده فهذه هي مشهورات المسائل التي تتعلق بالاركان أعني المكاتب والمكاتب والكتابة وأما الاحكام فكثيرة وكذلك الشروط التي تجوز فيها من التي لا تجوز ويشبه أن تكون أجناس الاحكام الاولى في هذا العقد هو أن يقال متى يعتق المكاتب ومتى يهجز فيرق وكيف حاله ان مات قبل أن يعتق أو يرق ومن يدخل معه في حال الكتابة عن لا يدخل وتعيير ما بقي عليه من حجر الرق مما لم يبق عليه فلتنبه بذلك مسائل الاحكام المشهورة التي في جنس جنس من هذه الاجناس الخمسة

✽ الجنس الأول ✽

فأما متى يخرج من الرق فانهم اتفقوا على انه يخرج من الرق اذا أدى جميع الكتابة واختلفوا اذا عجز عن البعض وقد أدى البعض فقال الجمهور هو عبد مابقي عليه من كتابته شيء وانه يرق اذا عجز عن البعض وروى عن السلف المتقدم سوى هذا القول الذي عليه الجمهور أقوال أربعة أحدها أن المكاتب يعتق بنفس الكتابة والثاني أنه يعتق منه بقدر ما أدى والثالث أنه يعتق ان أدى النصف فأكثر والرابع ان أدى الثلث والافهوعبد وعمدة الجمهور ماخرجه أبو داود عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال يا معايد كاتب على مائة أوقية فأذاها الا عشرة وأوق فهو عبد ويا معايد كاتب على مائة دينار فأذاها الا عشرة فهو عبد وعمدة من رأى أنه يعتق بنفس عقد الكتابة تشبيهه اياها بالبيع فكأن المكاتب اشترى نفسه من سيده فان عجز لم يكن له الا أن يتبعه بالمال كالأول فليس من اشتراه منه إلى أجل وقدمات وعمدة من رأى أنه يعتق منه بقدر ما أدى مارواه يحيى ابن كثير عن عكرمة عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال يؤدي المكاتب بقدر ما أدى دية حر وبقدر ما راق منه دية عبد خرجه النسائي واختلف فيه من قبل عكرمة كما ان الخلاف في أحاديث عمرو ابن شعيب من قبل انه روى من مصحفة وهذا القول قال على أعني بحديث ابن عباس وروى عن عمر ابن الخطاب انه اذا أدى الشرع عتق وكان ابن مسعود يقول اذا أدى الثلث وأقوال الصحابة وان لم تكن حجة فالظاهر ان التقدير اذا صدر منهم أنه محمول على ان في ذلك سنة بلغتهم وفي المسئلة قول خامس اذا أدى الثلاثة الارباع عتق وبقى عديما في باقي المال وقد قيل ان أدى القبة فهو غريم وهو قول عائشة وابن عمر وزيد بن ثابت والاشهر عن عمر وأم سلمة هو مثل قول الجمهور وقول هؤلاء هو الذي اعتده فقهاء الامصار وذلك انه محتمل الرواية في ذلك عنهم محتمل لاشك فيها روى ذلك مالك في موطنه وأيضا فهو أحوط لأموال السادات ولأن في المبيعات يرجع في عين المبيع له اذا أقلس المشتري

✽ الجنس الثاني ✽

وأما متى يرق فانهم اتفقوا على انه انما يرق اذا عجز اماعن البعض واماعن الكل بحسب ما قدمنا اختلافهم واختلفوا هل للعبد ان يهجز نفسه اذا شاء من غير سبب أم ليس له ذلك الاسباب فقال الشافعي الكتابة عقد لازم في حق العبد (٧) وهي في حق السيد غير لازمة وقال مالك وأبو حنيفة الكتابة عقد لازم من الطرفين أي بين العبد والسيد وتحصيل مذهب مالك في ذلك ان العبد والسيد لا يتخولان يتفقا على

(٧) هكذا بالنسخ والمشهور من مذهب الشافعي عكس ما يقوله ويرى عدل لما يأتى من الاستدلال تأمل

التجهيز أو يختلفا ثم اذا اختلفا فاما ان يريد السيد التجهيز ويأباه العبد أو بالعكس أعنى ان يريد به السيد البقاء على الكتابة ويريد العبد التجهيز فاما اذا اتفقا على التجهيز فلا يتخلوا الأمر من قسمين أحدهما ان يكون دخل في الكتابة ولد أو لا يكون فان كان دخل ولد في الكتابة فلا خلاف عنده انه لا يجوز التجهيز وان لم يكن له ولد ففي ذلك روايتان أحدهما انه لا يجوز اذا كان له مال وبه قال أبو حنيفة والاخرى انه يجوز له ذلك فأما ان طلب العبد التجهيز وأبى السيد لم يكن ذلك للعبد ان كان معه مال أو كانت له قوة على السعى وأما ان أراد السيد التجهيز وأباه العبد فانه لا يجهزه عنده الا بحكم الحاكم وذلك بعد ان يثبت السيد عند الحاكم انه لاملاله ولا قدرة على الأداء ورجع الى عمد أدلتهم في أصل الخلاف في المسئلة فعمدة الشافعي مروي ان بريرة جاءت الى عائشة تقول لها اني أريد أن تشتري نبي وتعتقني فقالت لها ان أراد أهلك نجأت أهلها فباعوها وهي مكاتبه خرجها البخاري وعمدة المالكية تشبيههم الكتابة بالعقود اللازمة ولأن حكم العبد في هذا المعنى يجب ان يكون حكم السيد وذلك ان العقود من شأنها ان يكون اللزوم فيها أو اختيار مستويا في الطرفين وأما ان يكون لازما من طرف وغير لازم من الطرف الثاني فخرج عن الاصول وعلو الحديث بريرة بان الذي باع أهلها كانت كتابتها لا رقبتهما والخفية تقول لما كان المقلب في الكتابة حتى العبد وجب ان يكون العقد لازما في حق الآخر المقلب عليه وهو السيد أصله النكاح لأنه غير لازم في حق الزوج لمكان الطلاق الذي بيده وهو لازم في حق الزوجة والمالكية تعترض هذا بان تقول انه عقد لازم فيما وقع به العوض اذ كان ليس له أن يسترجع الصداق

الجنس الثالث

وأما حكمه اذا مات قبل ان يؤدي الكتابة فاتفقوا على انه اذا مات دون ولد قبل ان يؤدي من الكتابة شيئا انه يرق واختلوا اذا مات عن ولد فقال مالك حكم ولده حكمه فان ترك ما لافيه وفاة للكتابة أدوه وعتقوا وان لم يترك ما لا وكانت لهم قوة على السعى بقوا على محجوم أيهم حتى يجهزوا أو يعتقوا وان لم يكن عندهم مال ولا قدرة على السعى رقا وأنه ان فضل عن الكتابة شيء من ماله ورثوه على حكم ميراث الاحرار وأنه ليس يرثه الاولاد الذين هم في الكتابة معه دون سواهم من وارثيه ان كان له وارث غير الولد الذي معه في الكتابة وقال أبو حنيفة انه يرثه بعد أداء كتابته من المال الذي ترك جميع أولاده الذين كاتب عليهم أو ولدوا في الكتابة وأولاده الاحرار وسائر ورثته وقال الشافعي لا يرثه بنوه الاحرار والذين كاتب عليهم أو ولدوا في الكتابة وماله للسيدة وعلى أولاده الذين كاتب عليهم ان يسعوا من الكتابة في مقدار حظوظهم منها وتسقط حصة الأب عنهم وبسقوط حصة الأب عنهم قال أبو حنيفة وسائر الكوفيين والذين قالوا بسقوطها قال بعضهم تعتبر التقية وهو قول الشافعي وقيل بالنحن وقيل حصته على مقدار الرؤس وانما قال هؤلاء بسقوط حصة الأب عن الانشاء الذين كاتب عليهم لا الذين ولدوا له في الكتابة لأن من ولد له أولاد في الكتابة فهم تبع لأبيهم وعمدة مالك ان المكاتبين كتابه واحدة بعضهم جلاء عن بعض ولذلك من عتق منهم أو مات لم تسقط حصته عن الباقي وعمدة الفريق الثاني ان الكتابة لا تضمن وروى مالك عن عبد الملك بن مروان في موطنه مثل قول الكوفيين وسبب اختلافهم ماذا يموت عليه المكاتب فعند مالك أنه يموت مكاتباً وعند أبي حنيفة أنه يموت حراً وعند الشافعي أنه يموت عبداً وعلى هذه الاصول بنوا الحكم فيه فعمدة الشافعية ان العبودية والحرية ليس بينهما وسط واذا مات

المكاتب فليس حراً بعد لان حريته انما تجب بأداء كتابته وهو لم يؤدها بعد فقد بقي انتماء عبداً لأنه لا يصح أن يعتق المبت وعمة الخفية ان العتق قد وقع بموته مع وجود المال الذي كاتب عليه لأنه ليس له أن يرق نفسه والحرية يجب ان تكون حاصلته بوجود المال لا بدفعه الى السيد وأما مالك فجعل موته على حالة متوسطة بين العبودية والحرية وهي الكتابة فمن حيث لم يورثاً ولاده الاحرار منه جعل له حكم العبيد ومن حيث لم يورث سيده ماله حكمه بحكم الاحرار والمسئلة في حد الاجتهاد وما يتعلق بهذا الجنس اختلافهم في أم ولد المكاتب اذ اتمت المكاتب وترك بنين لا يعتقون على السعي وأرادت الأم ان تسمى عليهم فقال مالك لذلك وقال الشافعي والكوفيون ليس لها ذلك وعمدتهم ان أم الولد اذ اتمت المكاتب مال من مال السيد وأما مالك فيرى ان حرمة الكتابة التي لسيدھا صائراً اليها وإلى بنينا ولم يختلف قول مالك ان المكاتب اذا ترك بنين صغاراً لا يستطيعون السعي وترك أم ولد لا تستطيع السعي انها تباع ويؤدي منها باقي الكتابة وعند أبي يوسف ومحمد بن الحسن انه لا يجوز بيع المكاتب لأم ولده ويجوز عند أبي حنيفة والشافعي واختلاف أصحاب مالك في أم ولد المكاتب اذ اتمت المكاتب وترك بنين ووفاء كتابته هل تعتق أم ولده أم لا فقال ابن القاسم اذا كان معها ولد عتقت والارقت وقال أشهب تعتق على كل حال وعلى أصل الشافعي كل مترك المكاتب مال من مال سيده لا ينتفع به البنون في أداء ما عليهم من كتابته كانوا معه في عقد الكتابة أو كانوا ولداً وأما الكتابة وانما عليهم السعي وعلى أصل أبي حنيفة يكون حراً ولده ومنه ابن القاسم كانه امتحسان

✽ الجنس الرابع ✽

وهو النظر فمن يدخل معه في عقد الكتابة ومن لا يدخل وانفقوا من هذا الباب على ان ولد المكاتب لا يدخل في كتابة المكاتب الا بالشرط لأنه عبد آخر لسيده وكذلك اتفقوا على دخول ما ولده في الكتابة فيها واختلفوا في أم الولد على ما تقدم وكذلك اختلفوا في دخول ماله أيضاً بمطلق العقد فقال مالك يدخل ماله في الكتابة وقال الشافعي وأبو حنيفة لا يدخل وقال الاوزاعي يدخل بالشرط أعني اذا اشترطه المكاتب وهذه المسئلة مبنية على هل يملك العبد أم لا يملك وعلى هل يتبعه ماله في العتق أم لا وقد تقدم ذلك

✽ الجنس الخامس ✽

وهو النظر فيما يحجر فيه على المكاتب مما لا يحجر وما بقي من أحكام العبد فيه فنقول انه قد أجمع العلماء من هذا الباب على أنه ليس للمكاتب ان يهب من ماله شيئاً له قدر ولا يعتق ولا يتصدق بغير اذن سيده فانه محجور عليه في هذه الامور وأشباهاها أعني انه ليس له ان يخرج من يده شيئاً من غير عوض واختلفوا من هذا الباب في فروع منها انه اذا لم يعلم السيد بهبته أو بعتقه الا بعد أداء كتابته فقال مالك وجاعة من العلماء ان ذلك نافذ ومنعه بعضهم وعمة من منعه ان ذلك وقع في حالة لا يجوز وقوعه فيها فكان قاسداً وعمة من أجازها ان السبب المانع من ذلك قد ارتفع وهو مخافة أن يعجز العبد وسبب اختلافهم هل اذن السيد من شرط لزوم العقد أو من شرط صحته فمن قال من شرط الصحة لم يجزه وان عتق ومن قال من شرط لزومه قال يجوز اذا عتق لأنه وقع عقداً صحيحاً فلما ارتفع الاذن المرتقب فيه صح العقد كالأذن هذا كله عند من أجاز عتقه اذا أذن السيد فان الناس اختلفوا أيضاً في ذلك بعد اتفاقهم على انه لا يجوز عتقه اذا لم يأذن السيد فقال قوم ذلك جائز وقال قوم لا يجوز وبه قال أبو حنيفة

والمجواز قال مالك وعن الشافعي في ذلك القولان جميعا والذين أجازوا ذلك اختلفوا في ولاء المعتق لمن يكون فقال مالك ان مات المكاتب قبل ان يعتق كان ولاء عبده لسيده وان مات وقد عتق المكاتب كان ولاؤه وقال قوم من هؤلاء بل ولاؤه على كل حال لسيده وعمدة من لم يجز عتق المكاتب ان الولاء يكون للمعتق لقوله عليه السلام انما الولاء لمن أعتق ولا ولاء للمكاتب في حين كتابته فلم يصح عتقه وعمدة من رأى ان الولاء للسيد ان عبد عبده بمنزلة عبده ومن فرق بين ذلك فهو استحسان ومن هذا الباب اختلافهم في هل للمكاتب ان ينسكح أو يسافر بغير إذن سيده فقال جمهورهم ليس له ان ينسكح الا باذن سيده وأباح بعضهم النكاح له وأما السفر فأباحه جمهورهم ومنعه بعضهم وبه قال مالك وأباحه سحنون من أصحاب مالك ولم يجز للسيد ان يشترطه على المكاتب وأجازه ابن القاسم في السفر القريب والعلة في منع النكاح انه يخاف ان يكون ذلك ذريعة الى محجزه والعلة في جواز السفر ان به يقوى على التكسب في أداء كتابته وبالجلة فالعلماء في هذه المسئلة ثلاثة أقوال أحدها ان للمكاتب ان يسافر باذن سيده وبغير إذنه ولا يجوز ان يشترط عليه ان لا يسافر وبه قال أبو حنيفة والشافعي والقول الثاني انه ليس له ان يسافر الا باذن سيده وبه قال مالك والثالث ان يطلق عقد الكتابة أن يسافر الا أن يشترط عليه سيده ان لا يسافر وبه قال أحمد والثوري وغيرهما ومن هذا الباب اختلافهم في هل للمكاتب ان يكاتب عبده فأجاز ذلك مالك ما لم يرد به المحابة وبه قال أبو حنيفة والثوري وللشافعي قولان أحدهما اثبات الكتابة والآخرا بطلانها وعمدة الجماعة انها عقد معاوضة المقصود منه طلب الربح فاشبهه سائر العقود المباحة من البيع والشراء وعمدة الشافعية ان الولاء لمن أعتق ولا ولاء للمكاتب لأنه ليس بمحرر واتفقوا على أنه لا يجوز للسيد انتزاع شيء من ماله ولا الانتفاع منه بشئ واختلفوا في وطء السيد أمته المكاتبه فصار الجمهور الى منع ذلك وقال أحمد وداود وسعيد بن المسيب من التابعين ذلك جائز اذا اشترطه عليها وعمدة الجمهور انه وطء تقع الفرقة فيه الى أجل أو فاشبهه النكاح الى أجل وعمدة الفريق الثاني تشبيهها بالدرة وأجمعوا على انها ان محجزت حل وطؤها واختلف الذين منعوا ذلك اذا وطئها هل عليه حد أم لا فقال جمهورهم لا حد عليه لأنه وطء بشبهة وقال بعضهم عليه الحد واختلفوا في ايجاب الصداق لها والعلماء فيها أعلم على انه في أحكامه الشرعية شئ يحكم العبد مثل الطلاق والشهادة والحد وغير ذلك مما يختص به العبيد ومن هذا الباب اختلافهم في بيعه فقال الجمهور لا يباع المكاتب الا بشرط ان يبقى على كتابته عند مشتريه وقال بعضهم يبيعه جائز ما لم يؤد شيئاً من كتابته لأن بريرة بيعت ولم تكن أدت من كتابتها شيئاً وقال بعضهم اذا رضى المكاتب بالبيع جاز وهو قول الشافعي لأن الكتابة عنده ليست بعقد لازم في حق العبد واحتج بمحدث بريرة اذ بيعت وهي مكاتبه وعمدة من لم يجز بيع المكاتب ما في ذلك من نقض العهد وقد أمر الله تعالى بالوفاء به وهذه المسئلة مبنية على هل الكتابة عقد لازم أم لا وكذلك اختلفوا في بيع الكتابة فقال الشافعي وأبو حنيفة لا يجوز ذلك وأجازها مالك ورأى الشفعة فيها للمكاتب ومن أجاز ذلك شبه بيعها ببيع الدين ومن لم يجز ذلك رآه من باب الغرر وكذلك شبه مالك الشفعة فيها بالشفعة في الدين وفي ذلك أثر عن النبي صلى الله عليه وسلم أعنى في الشفعة في الدين ومنه مالك في بيع الكتابة انها ان كانت بذهبا منها تجوز بعرض

مجل لا مؤجل لما يدخل في ذلك من الدين بالدين وان كانت الكتابة بعرض كان شراؤها ذهب أو فضة مجلين أو بعرض مخالف واذا اعتق فلاؤه للكتاب لا للمشتري ومن هذا الباب اختلافهم هل للسيد ان يجبر عبده على الكتابة أم لا * وأما شروط الكتابة فبها شرعية هي من شروط صحة العقد وقد تقدمت عند ذكر أركان الكتابة ومنها شروط بحسب التراضي وهذه الشروط منها ما يفسد العقد ومنها ما إذا تمسك بها أفسدت العقد وإذا تركت صح العقد ومنها شروط جائزة غير لازمة ومنها شروط لازمة وهذه كلها هي مبسطة في كتب الفروع وليس كتابنا هذا كتاب فروع وإنما هو كتاب أصول والشروط التي تفسد العقد بالجلية هي الشروط التي هي ضد شروط الصحة المشروعة في العقد والشروط الجائزة هي التي لا تؤدي إلى إخلال بالشروط المصححة للعقد ولا تلازمها فهذه الجلية ليس يختلف الفقهاء فيها وإنما يختلفون في الشروط لاختلافهم فيها هو منها شرط من شروط الصحة أو ليس منها وهذا يختلف بحسب القرب والبعد من إخلالها بشروط الصحة ولذلك جعل مالك جنسًا للثامن الشروط وهي الشروط التي إن تمسك بها المشتري فسد العقد وإن لم يتمسك بها جاز وهذا ينبغي ان نفهمه في سائر العقود الشرعية فمن مسائلهم المشهورة في هذا الباب إذا اشترط في الكتابة شرطًا من خدمة أو سفر أو نحوه وقوى على أداء نجومه قبل محل أجل الكتابة هل يعتق أم لا فقال مالك وجاعة ذلك الشرط باطل ويعتق إذا أدى جميع المال وقالت طائفة لا يعتق حتى يؤدي جميع المال وبأن في ذلك الشرط وهو مروي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه اعتق رقيق الأمانة وشرط عليهم ان يخدموا الخليفة بعد ثلاث سنين ولم يحتفلوا ان العبد إذا اعتقه سيده على ان يخدمه سنين أنه لا يملكه الا بخدمة تملكه السنين ولذلك القياس قول من قال ان الشرط لازم فهذه المسائل الواقعة المشهورة في أصول هذا الكتاب وهن مسائل تذكر في هذا الكتاب وهي من كتب آخر وذلك انها اذا ذكرت في هذا الكتاب ذكرت على انها فروع تابعة للأصول فيه واذا ذكرت في غيره ذكرت على انها أصول ولذلك كان الاولى ذكرها في هذا الكتاب فمن ذلك اختلافهم اذا زوج السيد بته من مكاتبه ثم مات السيد وورثته البنت فقال مالك والشافعي ينسخ النكاح لانها لم تملك جزأ منه وملك يمين المرأة محرم عليها باجتماع وقال أبو حنيفة يصح النكاح لان الذي ورثت انما هو مال في ذمة المكاتب لا رقبة المكاتب وهذه المسئلة هي أحق بكتاب النكاح ومن هذا الباب اختلافهم اذا مات للمكاتب وعليه دين وبعض الكتابات هل يحاص سيده الغرماء أم لا فقال الجمهور لا يحاص الغرماء وقال شريح وابن أبي ليلى وجاعة يضرب السيد مع الغرماء وكذلك اختلفوا اذا أفلس وعليه دين يفتقر ما سيده هل يتعدى ذلك إلى رقبته فقال مالك والشافعي وأبو حنيفة لا سبيل لهم إلى رقبته وقال الثوري وأحمد يأخذونه الا ان يفتكه السيد وانفقوا على انه اذا عجز عن عقل الجنائيات انه يسلم فيها الا ان يعقل عنه سيده والقول في هل يحاص سيده الغرماء أو لا يحاص هو من كتاب التفتليس والقول في جنائياته هو من باب الجنائيات ومن مسائل الاقضية التي هي فروع في هذا الباب وأصل في باب الاقضية اختلافهم في الحكم عند اختلاف السيد والمكاتب في مال الكتابة فقال مالك وأبو حنيفة القول قول المكاتب وقال الشافعي ومحمد وأبو يوسف يتحالفان ويتفاسخان قياسا على المتبايعين وفروع هذا الباب كثيرة لكن التي حضر منها الآن في الذكر

هو ما ذكرناه ومن وقعت له من هذا الباب مسائل مشهورة الخلاف بين فقهاء الامصار وهي قريبة من المسموع فينبغي ان تثبت في هذا الموضع اذ كان القصد انما هو اثبات المسائل المشهورة التي وقع الخلاف فيها بين فقهاء الامصار مع المسائل المنطوق بها في الشرع وذلك ان قصدنا في هذا الكتاب كما قلنا غير ماسة انما هو ان تثبت المسائل المنطوق بها في الشرع المتفق عليها والمختلف فيها ونذكر من المسائل المسكوت عنها التي شهر اختلاف فيها بين فقهاء الامصار فان معرفة هذين الصنفين من المسائل هي التي تجري للجهتد مجرى الاصول في المسكوت عنها وفي النوازل التي لم يشتهر اختلاف فيها بين فقهاء الامصار سواء نقل فيها مذهب عن واحد منهم أو لم ينقل ويشبه ان يكون من تدرب في هذه المسائل وفهم أصول الاسباب التي اوجبت خلاف الفقهاء فيها ان يقول ما يجب في نازلة نازلة من النوازل اعني ان يكون الجواب فيها على مذهب فقيه فقيه من فقهاء الامصار اعني في المسئلة الواحدة بعينها ويعلم حيث خالف ذلك الفقيه أصله وحيث لم يخالف وذلك اذا نقل عنه في ذلك فتوى فأما اذا لم ينقل عنه في ذلك فتوى أو لم يبلغ ذلك الناظر في هذه الاصول فيمكنه ان يأتي بالجواب بحسب أصول الفقيه الذي يقف على مذهبه وبحسب الحق الذي يؤيده اليه اجتهداه ونحن نروم ان شاء الله بعد فراغنا من هذا الكتاب ان نضع في مذهب مالك كتابا جامعاً لأصول مذهب ومسائله المشهورة التي تجري في مذهب مجرى الاصول للتفرع عليها وهذا هو الذي عمله ابن القاسم في المدونة فانه جاب في ما لم يكن عنده فيها قول مالك على قياس ما كان عنده في ذلك الجنس من مسائل مالك التي هي فيها جارية مجرى الاصول لما جمل عليه الناس من الاتباع والتقليد في الاحكام والفتوى بيد ان في قوة هذا الكتاب ان يبلغ به الانسان كما قلنا رتبة الاجتهاد اذا تقدم فعلم من اللغة والعريسة وعلم من أصول الفقه ما يكفيه في ذلك ولذلك رأينا ان أخص الاسماء بهذا الكتاب ان نسميه كتاب (بداية المجتهد وكفاية المقتصد)

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً ﴾

﴿ كتاب التديير ﴾

والنظر في التديير في أركانه وفي أحكامه أما الأركان فهي أربعة المعنى واللفظ والمدير والمدير وأما الأحكام فصنفان أحكام العقد وأحكام المدير (الركن الأول) فنقول أجمع المسلمون على جواز التديير وهو ان يقول السيد لبعده أنت حر عن دبر مني أو يطلق فيقول أنت مذب وهذا انهما عندهم لفظاً للتديير باتفاق والناس في التديير والوصية على صنفين منهم من لم يفرق بينهما ومنهم من فرق بين التديير والوصية بأن جعل التديير لازماً والوصية غير لازمة والذين فرقوا بينهما اختلفوا في مطلق لفظ الحرية بعد الموت هل يتضمن معنى الوصية أو حكم التديير أعني اذا قال أنت حر بعد موتي فقال مالك اذا قال وهو صحيح أنت حر بعد موتي فالظاهر أنه وصية والقول قوله في ذلك ويجوز رجوعه فيها الآن يريد التديير وقال أبو حنيفة الظاهر من هذا القول التديير وليس له أن يرجع فيه ويقول مالك قال ابن القاسم ويقول أبي حنيفة قال أشهب قال الآن يكون هنالك قرينة تدل على الوصية مثل أن يكون على سفر أو يكون مريضاً وما أشبه ذلك من الأحوال التي تجوز العادة أن يكتب الناس فيها وصاياهم فعلى قول من لا يفرق بين الوصية والتديير وهو الشافعي ومن قال بقوله هذا اللفظ هو من ألفاظ صريح التديير وأما على مذهب

من يفرق فهو إما من كتابات التدبير وإما ليس من كتاباته ولا من صريحه وذلك أن من يحمله على الوصية فليس هو عنده لا من كتاباته ولا من صريحه ومن يحمله على التدبير وينويه في الوصية فهو عنده من كتاباته وأما المدبر فأنهم اتفقوا على أن الذي يقبل هذا العقد هو كل عبد صحيح العبودية ليس يعتق على سيده سواء ملك كله أو بعضه واختلفوا في حكم من ملك بعضاً فدبره فقال مالك يجوز ذلك والذي لم يدبر حظه خياراً أن أحدهما أن يتقاولانه فإن اشتراه الذي دبره كان مدبراً كله وإن لم يشتريه انتقض التدبير والخيار الثاني أن يقوم عليه الشريك وقال أبو حنيفة للشريك الذي لم يدبر ثلاث خيارات إن شاء استسك بحصته وإن شاء استسعى العبد في قيمة الحصة التي له فيه وإن شاء قومها على شريكه إن كان موسراً وإن كان معسراً استسعى العبد وقال الشافعي يجوز التدبير ولا يزم شيء من هذا كله ويبقى العبد المدبر نصفه أو ثلثه على ما هو عليه فإذا مات مدبره عتق منه ذلك الجزء ولم يقوم الجزء الباقي منه على السيد على ما يفعل في سنة العتق لأن المال قد صار لغيره وهم الورثة وهذه المسئلة هي من الأحكام لا من الأركان أغنى أحكام المدبر فثبتت في الأحكام وأما المدبر فاتفقوا على أن من شرطه أن يكون مالكا تام الملك غير عجزور عليه سواء كان صحيحاً أو مريضاً وإن من شرطه أن لا يكون ممن أحاط الدين بماله لأنهم اتفقوا على أن الدين يبطل التدبير واختلفوا في تدبير السفينة فهذه هي أركان هذا الباب وأما أحكامه فأصولها راجعة إلى أجناس خمسة أحدها ما إذا يخرج المدبر هل من رأس المال أو الثلث والثاني ما يبقى فيه من أحكام الرق مما ليس يبقى فيه أغنى ما دام مدبراً والثالث ما يتبعه في الحرية مما ليس يتبعه والرابع مبطلات التدبير الطارئة عليه والخامس في أحكام تبعض التدبير

✽ الجنس الأول ✽

فأما ما إذا يخرج المدبر إذا مات المدبر فإن العلماء اختلفوا في ذلك فذهب الجمهور إلى أنه يخرج من الثلث وقالت طائفة هو من رأس المال معظمهم أهل الظاهر فن رأى أن من الثلث شبهه بالوصية لأنه حكم يقع بعد الموت وقدرى حديث عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال المدبر من الثلث إلا أنه أترضعف عند أهل الحديث لأنه رواه علي بن طيبان عن نافع عن عبد الله بن عمر وعلي بن طيبان متروك الحديث عند أهل الحديث ومن رآه من رأس المال شبهه بالشيء يخرج به الإنسان من ماله في حياته فأشبهه الهبة واختلف القائلون بأنه من الثلث في فروع وهو إذا دبر الرجل غلاماً في محبته وأعتق في مرضه الذي مات منه غلاماً آخر ففارق الثلث عن الجع بينهما فقال مالك يقدم المدبر لأنه كان في الصحة وقال الشافعي يقدم المعتق المبطل لأنه لا يجوز له رده ومن أصله أنه يجوز عنده رد التدبير وهذه المسئلة هي أحق بكتاب الوصايا

✽ وأما الجنس الثاني ✽

فأشهر مسئلة فيه هي هل للمدبر أن يبيع المدبر أم لا فقال مالك وأبو حنيفة وجاعة من أهل الكوفة ليس للسيد أن يبيع مدبره وقال الشافعي وأجدوا أهل الظاهر وأبو ثور لأن يرجع في بيع مدبره وقال الأوزاعي لا يباع إلا من رجل يريد عتقه واختلف أبو حنيفة ومالك من هذه المسئلة في فروع وهو إذا بيع فاعتقه المشتري فقال مالك ينفذ العتق وقال أبو حنيفة والكوفيون البيع مفسوخ سواء أعتقه المشتري أو لم يعتقه وهو أقيم من جهة أنه ممنوع عبادة فعمدة من أجاز بيعه ما ثبت من حديث جابر أن النبي

صلى الله عليه وسلم باع مذبدا وربما شبهه بالوصية وأما عمدة المالكية فعموم قوله تعالى (يأياها الذين آمنوا أوفوا بالعقود) لانه عتق الى أجل فاشبه أم الولد أو أشبه العتق المطلق فكان سبب الاختلاف ههنا معارضة القياس للنص أو العموم للخصوص ولا خلاف بينهم ان المذبر أحكامه في حدوده وطلاقه وشهادته وسائر أحكامه أحكام العبيد واختلفوا من هذا الباب في جواز طء المذبرة فجمهور العلماء على جواز طئها وروى عن ابن شهاب منع ذلك وعن الأوزاعي كراهية ذلك اذا لم يكن وطئها قبل التدبير وعمدة الجمهور تشبيهها بأم الولد ومن لم يجز ذلك شبهها بالمتعة الى أجل ومن منع وطء المتعة الى أجل شبهها بالنكحة الى أجل وهي المتعة واتفقوا على ان للسيد في المذبر الخدمه ولسيده أن ينزع ماله منه متى شاء كالحال في العبد قال مالك الآن إن عرض مرضا خوفا فيكره له ذلك

﴿ الجنس الثالث ﴾

فأما ما يتبعه في التدبير مما لا يتبعه فان من مسائلهم المشهورة في هذا الباب اختلافهم في ولد المذبرة الذين تلدهم بعد تدبير سيدها من نكاح أو زنا فقال الجمهور ولها بعد تدبيرها بمنزلة تعتقون بعقدها ويرقون برقها وقال الشافعي في قوله المختار عند أصحابه انهم لا يعتقون بعقدها وأجمعوا على انه اذا أعتقها سيدها في حياته انهم يعتقون بعقدها وعمدة الشافعية انهم اذا لم يعتقوا في العتق المنجز فأحرى أن لا يعتقوا في العتق المؤجل بالشرط واحتج أيضا بأجمعهم على ان الموصى لها بالعتق لا يدخل فيه بنوها والجمهور رأوا أن التدبير حرمة متأفاً وجبوا اتباع الولد تشبيهاً بالكتابة وقول الجمهور مروى عن عثمان وابن مسعود وابن عمر وقول الشافعي مروى عن عمر بن عبد العزيز وعطاء بن أبي رباح ومكحول ومحصيل من مذهب مالك في هذا ان كل امرأة فولدها تتبع لها ان كانت حرة غير وان كانت مكاتبه فكاتب وان كانت مذبرة فمذبرة ومعتقة الى أجل فعتق الى أجل وكذلك أم الولد ولها بمنزلة ما خالف في ذلك أهل الظاهر وكذلك المعتق بعضه عند مالك وأجمع العلماء على أن كل ولد من تزويج فهو تابع لأمه في الرق والحرية وما بينهما من العقود المفضية الى الحرية الا ما اختلفوا فيه من التدبير ومن أمة تزويجها عري وأجمعوا على أن كل ولد من ملك يمين أنه تابع لأبيه ان حراً غير وان عبداً فعبداً وان مكاتباً فكاتباً واختلفوا في المذبر اذا تيسر فولده فقال مالك حكمه حكم الاب يعني أنه مذبّر وقال الشافعي وأبو حنيفة ليس يتبعه ولده في التدبير وعمدة مالك الاجماع على أن الولد من ملك اليمين تابع للاب ما عدا المذبر وهو من باب قياس موضع الخلاف على موضع الاجماع وعمدة الشافعية أن ولد المذبر مال من ماله ومال المذبر للسيد اتزاعه منه وليس يسلم له انه مال من ماله ويتبعه في الحرية ماله عند مالك

﴿ الجنس الرابع ﴾

وأما النظر في تبعيض التدبير فقد قلنا فعين دبر حظاله في عبده دون أن يدبر شريكه ونقله الى هذا الموضع أولى فليقل اليه وأما من دبر جزاً من عبده هوله كله فانه يقضى عليه بتدبير الكل قياساً على من بعض العتق عند مالك

﴿ وأما الجنس الخامس وهو مبطلات التدبير ﴾

فمن هذا الباب اختلافهم في ابطال الدين للتدبير فقال مالك والشافعي الدين يبطله وقال أبو حنيفة ليس يبطله ويسقى في الدين وسواك ان الدين مستغرق للفتحة أو لبعضها ومن هذا الباب اختلافهم في التصرف في

يدبر عبدا له نصرانيا فيسلم العبد قبل موت سيده فقال الشافعي يباع عليه ساعة يسلم ويبطل تدبيره وقال مالك يحال بينه وبين سيده ويخرج على سيده النصراني ولا يباع عليه حتى يبين أمر سيده فإن مات عتق المدبر مالم يكن عليه دين يحيط بماله وقال الكوفيون اذا أسلم مدبر النصراني قوم وسعى العبد في قيمته ومدبر الصحة يقتسم عتق مالك على مدبر المرض اذا ضاق الثلث عنهما

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما ﴾
 ﴿ كتاب أمهات الأولاد ﴾

وأصول هذا الباب النظر في هل تباع أم الولد أم لا وان كانت لاتباع ففي تكون أم ولد وبماذا تكون أم ولد وما يبيح فيها السيدها من أحكام العبودية ومتى تكون حرة (أما المسئلة الأولى) فان العلماء اختلفوا فيها سلفهم وخلفهم فالثابت عن عمر رضى الله عنه أنه قضى بأنها لاتباع وانها حرة من رأس مال سيدها اذا مات وروى مثل ذلك عن عثمان وهو قول أكثر التابعين وجهور فقهاء الأمصار وكان أبو بكر الصديق وعلى رضوان الله عليهما وابن عباس وابن الزبير وجابر بن عبد الله وأبو سعيد الخدري يجيزون بيع أم الولد وبه قالت الظاهرية من فقهاء الأمصار وقال جابر وأبو سعيد كما ينبع أمهات الأولاد والنبي عليه الصلاة والسلام فينا لا يرى بذلك بأسا واحتجوا بما روى عن جابر أنه قال كما ينبع أمهات الأولاد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وصدر من خلافة عمر ثم نهانا عمر عن بيعهن وبما اعتقد عليه أهل الظاهر في هذه المسئلة النوع من الاستدلال الذى يعرف باستصحاب حال الاجماع وذلك انهم قالوا لما انعقد الاجماع على أنها ملوكة قبل الولادة وجب أن تكون كذلك بعد الولادة الى أن يدل الدليل على غير ذلك وقد تبين في كتب الأصول قوة هذا الاستدلال وأنه لا يصح عند من يقول بالقياس وانما يكون ذلك دليلا بحسب رأى من ينكر القياس وربما احتج الجمهور عليهم بمثل احتجاجهم وهو الذى يعرفونه بمقابلة الدعوى بالدعوى وذلك انهم يقولون أليس تعرفون أن الاجماع قد انعقد على منع بيعها في حال حملها فاذا كان ذلك وجب أن يستصحب حال هذا الاجماع بعد وضع الحمل الآن المتأخرين من أهل الظاهر أحدثوا في هذا الأصل نقضا وذلك انهم لا يسمون منع بيعها حاملا وبما اعتقده الجمهور في هذا الباب من الأثر ما روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال في مارية سريته لما ولدت ابراهيم أعتقها ولها من ذلك حديث ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال بما امرأة ولدت من سيدها فأنها حرة اذا مات وكلا الحديثين لا يثبت عند أهل الحديث حكي ذلك أبو عمر بن عبد البر رحمه الله وهو من أهل هذا الشأن وربما قالوا أيضا من طريق المعنى انها قد وجبت لها حرة وهو اتصال الولد بها وكونه بعضا منها وحكوا هذا التعليل عن عمر رضى الله عنه حين رأى أن لا يبيعن فقال خالطت لحومنا لحومهن ودماؤنا دماءهن وأما متى تكون أم ولد فانهم اتفقوا على أنها تكون أم ولد اذا ملكها قبل حملها منه واختلفوا اذا ملكها وهي حامل منه أو بعد ان ولدت منه فقال مالك لا تكون أم ولد اذا ولدت منه قبل أن يملكها ثم يملكها ولها وقال أبو حنيفة تكون أم ولد واختلف قول مالك اذا ملكها وهي حامل والقياس أن تكون أم ولد في جميع الاحوال اذ كان ليس من مكارم الأخلاق أن يبيع المرء أم ولده وقد قال عليه الصلاة والسلام بعثت لأئمتهم مكارم الأخلاق وأما بماذا تكون أم ولد

فإن مالكا قال كل ما وضعت مما يعلم أنه ولد كانت مضغة أو علقة وقال الشافعي لا بد أن يؤثر في ذلك شيء مثل الخلقة والتخطيط واختلافهم راجع إلى ما ينطلق عليه اسم الولادة أو ما يتحقق أنه مولود وأما ما يسبق فيها من أحكام العبودية فانهم اتفقوا على أنها في شهادتها وحدها وديتها وأرض جراحها كالأمة وجهور من منع بيعها ليس يرون ههنا سببا طارئا عليها يوجب بيعها الأمر يروى عن عمر بن الخطاب أنها إذا زنت رقت واختلف قول مالك والشافعي هل لسيدها استخدامها طول حياته واغتلالها إياها فقال مالك ليس له ذلك وإنما له فيها الوطء فقط وقال الشافعي له ذلك وعمدة مالك أنه لما ملك رقبتها بالبيع لم يملك أجزائها إلا أنه يرى أن اجارة بنهما من غير مجازة لأن حرمتهم عنده أضعف وعمدة الشافعي انعقاد الاجماع على أنه يجوز له وطؤها فبسبب الخلاف تردد أجزائها بين أصلين أحدهما وطؤها والثاني بيعها فيجب أن يرجع أقوى الأصلين شيئا وأما متى تكون حرة فإنه لا خلاف بينهم أن ذلك الوقت هو إذا مات السيد ولا أعلم الآن أحدا قال تعتق من الثلث وقياسها على المذبرضعيف على قول من يقول إن المذبر يعتق من الثلث

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما ﴾

﴿ كتاب الجنائيات ﴾

والجنائيات التي لها حدود مشروعة أربع جنائيات على الأبدان والنفوس والأعضاء وهو المسمى قتلًا وجرحًا وجنائيات على الفروج وهو المسمى زنا وسفاحًا وجنائيات على الأموال وهذه ما كان منها مأخوذاً بحرب يسمى سوابية إذا كان غير تائب أو يلو وان كان تائباً ويل يسمى بغيا ومأخوذاً على وجه المغافسة من حرز يسمى سرقة وما كان منها بالمرتبعة وقوة سلطان سمي غصبا وجنائيات على الأعراس وهو المسمى قنفاً وجنائيات بالتعدى على استباحة ما حرمة الشرع من الماء كحول والمشروب وهذه إنما يوجد فيها حد في هذه الشريعة في الخمر فقط وهو حد متفق عليه بعد صاحب الشرع صلوات الله عليه فلنبتدئ منها بالحدود التي في السماء فنقول إن الواجب في اتلاف النفوس والجوارح هو إتمام قصاص وأما مال وهو الذي يسمى الدية فإذا النظر أولاً في هذا الكتاب ينقسم إلى قسمين النظر في القصاص والنظر في الدية والنظر في القصاص ينقسم إلى القصاص في النفوس وإلى القصاص في الجوارح والنظر أيضاً في الديات ينقسم إلى النظر في ديات النفوس وإلى النظر في ديات قطع الجوارح والجراح فينقسم أولاً هذا الكتاب إلى كتابين أولهما يرسم عليه كتاب القصاص والثاني يرسم عليه كتاب الديات

﴿ كتاب القصاص ﴾

وهذا الكتاب ينقسم إلى قسمين الأول النظر في القصاص في النفوس والثاني النظر في القصاص في الجوارح فلنبدأ من القصاص في النفوس

﴿ كتاب القصاص في النفوس ﴾

والنظر أولاً في هذا الكتاب ينقسم إلى قسمين إلى النظر في الموجب أعني الموجب للقصاص وإلى النظر في الواجب أعني القصاص وفي إبداله إن كان له بدل فلنبدأ أولاً بالنظر في الموجب والنظر في الموجب يرجع إلى النظر في صفة القتل والقاتل التي يجب بمجموعها والمقتول القصاص فإنه ليس أي قاتل اتفق يقتص منه ولا يأي قتل اتفق ولا من أي مقتول اتفق بل من قاتل محدود وبقتل محدود ومقتول محدود إذا كان

المطالب في هذا الباب انما هو العدل فلنبداً من النظر في القاتل ثم في القتل ثم في المقتول
 ﴿ القول في شروط القاتل ﴾

فنقول انهم اتفقوا على أن القاتل الذي يقاد منه يشترط فيه باتفاق أن يكون عاقلاً بالغاً مختاراً للقتل
 مباشراً غير مشارك له فيه غيره واختلفوا في المكره والمكره وبالجملة الأمر والمباشر فقال مالك
 والشافعي والثوري وأحمد وأبو ثور وجاعة القتل على المباشر دون الأمر ويعاقب الأمر وقالت طائفة
 يقتلان جميعاً وهذا اذا لم يكن هنالك اكراه ولا سلطان للأمر على المأمور وأما اذا كان للأمر سلطان
 على المأمور أعنى المباشر فانهم اختلفوا في ذلك على ثلاثة أقوال فقال قوم يقتل الأمر دون المأمور
 ويعاقب المأمور وبه قال داود وأبو حنيفة وهو أحد قولي الشافعي وقال قوم يقتل المأمور دون الأمر
 وهو أحد قولي الشافعي وقال قوم يقتلان جميعاً وبه قال مالك فمن لم يوجب حداً على المأمور اعتبر تأثير
 الاكراه في اسقاط كثير من الواجبات في الشرع لكون المكره يشبه من لا اختيار له ومن رأى عليه
 القتل غلب عليه حكم الاختيار وذلك ان المكره يشبه من جهة المختار ويشبه من جهة المضطر المغلوب
 مثل الذي يسقط من علو والذي تحمله الرمح من موضع الى موضع ومن رأى قتلهم جميعاً لم يعذر المأمور
 بالاكراه ولا الأمر بعدم المباشرة ومن رأى قتل الأمر فقط شبه المأمور بالألة اني لا تنطق ومن رأى الحد
 على غير المباشر اعتقد أنه ليس ينطلق عليه اسم قاتل الا بالاستعارة وقد اعتدت المالكية في قتل المكره
 على القتل بالقتل باجماعهم على انه لو أشرف على الهلاك من مخبئة لم يكن له أن يقتل انساناً فيما كره
 وأما المشارك للقاتل عمد في القتل فقد يكون القتل عمداً وخطأً وقد يكون القاتل مكلفاً وغير مكلف وسند كره
 العمد عند قتل الجماعة بالواحد وأما اذا اشترك في القتل عمد ومخطئ أو مكلف وغير مكلف مثل عامد
 وصبي أو مجنون أو حر وعبد في قتل عبد عند من لا يقيد من الحر بالعبد فان العلماء اختلفوا في ذلك
 فقال مالك والشافعي على العمد القصاص وعلى المخطئ والصبي نصف الدية الآن مالكا يجعله على العاقلة
 والشافعي في ماله على ما يأتي وكذلك قال في الحر والعبد يقتلان العبد عمداً ان العبد يقتل وعلى الحر نصف
 القيمة وكذلك الحال في المسلم والذي يقتلان جميعاً وقال أبو حنيفة اذا اشترك من يجب عليه القصاص
 مع من لا يجب عليه القصاص فلا قصاص على واحد منهما وعليهما الدية وعمدة الحنفية ان هذه شبهة
 فان القتل لا يتبعص ويمكن أن تكون اقامة نفسه من فعل الذي لا قصاص عليه كما كان ذلك ممن عليه
 القصاص وقد قال عليه الصلاة والسلام ادروا الحدود بالشبهات واذا لم يكن الدم وجب بدله وهو الدية
 وعمدة الفريق الثاني النظر الى المصلحة التي تقتضي التغليظ لحوطة السماء فكان كل واحد منهما انفراد
 بالقتل فله حكم نفسه وفيه ضعف في القياس وأما مصفة الذي يجب به القصاص فاتفقوا على أنه العمد وذلك
 انهم أجمعوا على أن القتل صنفاً عمد وخطأً واختلفوا في هل بينهما وسط أم لا وهو الذي يسمونه شبه
 العمد فقال به جمهور فقهاء الأمصار والشهور عن مالك نفيه الا في ابن مع أبيه وقد قيل انه يتخرج عنه
 في ذلك رواية أخرى وبإنيانه قال عمر بن الخطاب وعلى وعثمان وزيد بن ثابت وأبو موسى الاشعري والمغيرة
 ولا يخالف لهم من الصحابة والذين قالوا به فرقوا فيها هو شبه العمد مما ليس بعمد وذلك راجع في الاغلب الى
 الآلات التي به يقع القتل والى الاحوال التي كان من أجلها الضرب فقال أبو حنيفة كل ماعد الحديد

من القضب والنار وما يشبه ذلك فهو شبه العمد وقال أبو يوسف ومحمد شبه العمد ما لا يقتل مثله وقال الشافعي شبه العمد ما كان عمداً في الضرب خطأ في القتل أي ما كان ضرباً لم يقصده القتل فتولد عنه القتل والخطأ ما كان خطأ فيهما جميعاً والعمد ما كان عمداً فيهما جميعاً وهو حسن فعمدة من نفي شبه العمد انه لا واسطة بين الخطأ والعمد أعني بين أن يقصد القتل أو لا يقصده وعمدة من أثبت الوسط ان النيات لا يطلع عليها الا الله تبارك وتعالى وإنما الحكم بما ظهر فمن قصد ضرب آخر بآلة لا تقتل غالباً كان حكمه حكم الغالب أعني حكم من قصد القتل فقتل بلا خلاف ومن قصد ضرب رجل بعينه بآلة لا تقتل غالباً كان حكمه متردداً بين العمد والخطأ هذا في حق الأمر في نفسه عند الله تعالى أما شبهة للعمد فمن جهة ما قصد ضربه وأما شبهة للخطأ فمن جهة أنه ضرب بما لا يقصده القتل وقد روى حديث مرفوع الى النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال ألا ان قتل الخطأ شبه العمد ما كان بالسوط والعصا والحجر دية مغلظة مائة من الابل منها أربعون في بطونها ولادها الا أنه حديث مضطرب عند أهل الحديث لا يثبت من جهة الاسناد فيأخذ كره أبو عمر بن عبد البر وإن كان أبو داود وغيره قد خرجوه فهذا النحو من القتل عند من لا يثبت به يجب به القصاص وعند من أثبت به تجب به الدية ولا خلاف في منذهب مالك ان الضرب يكون على وجه الغضب والناتر يجب به القصاص واختلف في الذي يكون عمداً على جهة اللعب أو على جهة الأدب لمن أبيع له الأدب وأما الشرط الذي يجب به القصاص في المقتول فهو أن يكون مكافئاً للقاتل والذي به تختلف النفوس هو الاسلام والكفر والحرية والعبودية والذكورية والأنوثة والواحد والكثير وانفقوا على أن المقتول اذا كان مكافئاً للقاتل في هذه الأربعة انه يجب القصاص واختلفوا في هذه الأربعة اذا لم يتجمع أما الحر اذا قتل العبد عمداً فان العلماء اختلفوا فيه فقال مالك والشافعي والليث وأحمد وأبو نوري لا يقتل الحر بالعبد وقال أبو حنيفة وأصحابه يقتل الحر بالعبد الا عذب نفسه وقال قوم يقتل الحر بالعبد سواء كان عبد القاتل أو عبد غير القاتل وبه قال النخعي فمن قال لا يقتل الحر بالعبد احتج بدليل الخطاب المفهوم من قوله تعالى (كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد) ومن قال يقتل الحر بالعبد احتج بقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون تسكافاً دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم وهم يد على من سواهم فسبب الخلاف معارضة العموم لدليل الخطاب ومن فرق فضعيف ولا خلاف بينهم ان العبد يقتل بالحر وكذلك الأتقى بالأعلى ومن ألجأ أيضاً لمن قال يقتل الحر بالعبد ما رواه الحسن عن سمرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من قتل عبده قتلناه وبه من طريق المعنى قالوا لم كان قتله محرماً كقتل الحر وجب أن يكون القصاص فيه كالقصاص في الحر وأما قتل المؤمن بالكافر الذمي فاختلف العلماء في ذلك على ثلاثة أقوال فقال قوم لا يقتل مؤمن بكافر ومن قال به الشافعي والثوري وأحمد وداود وجماعة وقال قوم يقتل به ومن قال بذلك أبو حنيفة وأصحابه وابن أبي ليلى وقال مالك والليث لا يقتل به الا أن يقتله غيلة وقتل الغيلة أن يضجعه فينبحه وبخاصة على ماله فعمدة الفريق الأول ما روى من حديث علي أنه سأله قيس بن عباد هل عهد اليه رسول الله صلى الله عليه وسلم عهداً لم يعهده الى الناس قال لا الا ما في كتابي هذا وأخرج كتاباً من قراب سيفه فاذا فيه المؤمنون تسكافاً دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم وهم يد على من سواهم ألا لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذوعهد في عهده من أحدث حديثاً

أو آوى محدثاً فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين خروجه أبو داود وروى أيضاً عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يقتل مؤمن بكافر واحتجوا في ذلك بإجماعهم على أنه لا يقتل مسلم بالحرابي الذي آمن وأما أصحاب أبي حنيفة فاعقدوا في ذلك آثاراً منها حديث يرويه ربيعة ابن أبي عبد الرحمن عن عبد الرحمن السلمي قال قتل رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلاً من أهل القبلة رجل من أهل الذمة وقال أنا أحق من وفي بعده ورووا ذلك عن عمر قال وهذا يخص لمعموم قوله عليه الصلاة والسلام لا يقتل مؤمن بكافر أي أنه أريد به الكافر الحرابي دون الكافر المعاهد وضعف أهل الحديث حديث عبد الرحمن السلمي وماروا من ذلك عن عمر وأما من طريق القياس فإنهم اعقدوا على إجماع المسلمين في أن يد المسلم تقطع إذا سرق من مال الذي قالوا فإذا كانت حرمة ماله كحرمة مال المسلم خرمه دمه كحرمة دمه فبسبب الخلاف تعارض الآثار والقياس وأما قتل الجماعة بالواحد فإن جمهور فقهاء الأمصار قالوا تقتل الجماعة بالواحد منهم مالك وأبو حنيفة والشافعي والثوري وأحمد وأبو ثور وغيرهم سواء كثرت الجماعة أو قلت وبه قال غير حتى روى أنه قال لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم جميعاً وقال داود وأهل الظاهر لا تقتل الجماعة بالواحد وهو قول ابن الزبير وبه قال الزهري وروى عن جابر وكذلك عنده الطائفة لا تقطع أي يد أعني إذا اشترك اثنان فما فوق ذلك في قطع يد وقال مالك والشافعي تقطع الأيدي باليد وفرفت الخنيفة بين النفس والأطراف فقالوا تقتل الأتص بالنفس ولا تقطع بالأطراف والأطراف واحد وسياق هذا في باب القصاص من الأعضاء فعمدة من قتل بالواحد الجماعة النظر إلى المصلحة فإنه مفهوم أن القتل إنما شرع لنفي القتل كما نبه عليه الكتاب في قوله تعالى (ولكم في القصاص حياة يا أولى الألباب) وإذا كان ذلك كذلك فلو لم تقتل الجماعة بالواحد لتنزع الناس إلى القتل بأن يتعمدوا قتل الواحد بالجماعة لكن للعرض أن يقول إن هذا إنما كان يلزم لو لم يقتل من الجماعة أحد فأما أن يقتل منهم واحد وهو الذي من قتله يظن أنلاف النفس غالباً على الظن فليس يلزم أن يبطل الحد حتى يكون سبباً للتسليط على إذهاب النفوس وعمدة من قتل الواحد بالواحد قوله تعالى (وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين) وأما قتل الذكر بالأنثى فإن ابن المنذر وغيره ممن ذكر الخلاف حكى أنه إجماع الأماحكي عن علي بن الصعبة وعن عثمان بن أبي شيبة أنه إذا قتل الرجل المرأة كان على أولياء المرأة نصف الدية وحكى القاضي أبو الوليد الباجي في المنتقى عن الحسن البصري أنه لا يقتل الذكر بالأنثى وحكاها الخطابي في معالم السنن وهو شاذ ولكن دليله قوى لقوله تعالى (والأنثى بالأنثى) وإن كان يعارض دليل الخطاب ههنا العموم الذي في قوله تعالى (وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس) لكن يدخله إن هذا الخطاب وارد في غير شيء يعتنا وهي مسألة مختلفة فيها أعني هل شرع من قبلنا شرع لنا أم لا والاعتدال في قتل الرجل المرأة هو النظر إلى المصلحة العامة واختلفوا من هذا الباب في الأب والابن فقال مالك لا يقاد الأب بالابن إلا أن يضعفه فيدبجه فأما إن حذفه بسيف أو عصا فقتله لم يقتل وكذلك الجدة عنده مع حفيدة وقال أبو حنيفة والشافعي والثوري لا يقاد الوالد بولده ولا الجد بحفيده إذا قتله بآي وجه كان من أوجه العمدة وبه قال جمهور العلماء وعمدتهم حديث ابن عباس أن النبي عليه

الصلاة والسلام قال لا تقام الحدود في المساجد ولا يقاد بالولد والعمدة مالك عموم القصاص بين المسلمين وسبب اختلافهم ما روي عن يحيى بن سعيد عن عمرو بن شعيب أن رجلا من بني مدلس يقال له قتادة حذف ابنا له بالسيف فاصاب ساقه فنزى جرحه فمات فقدم سراقه بن جعشم على عمرو بن الخطاب فذكر ذلك له فقال له عمر اعدد على ماء قيد عشرين ومائة بغير حتى أقدم عليك فلما قدم عليه عمر أخذ من تلك الابل ثلاثين حقة وثلاثين جذعة وأربعين خلفه ثم قال أين أخو المقتول فقال لها أنا ذا قال خلها فإن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ليس لقاتل شيء فان مالك أجلى هذا الحديث على أنه لم يكن عمدا محضا وأثبت منه شبه العمد فيما بين الابن والاب وأما الجمهور فخماوه على ظاهره من أنه عمد لاجعهم ان من حذف آخر بسيف فقتله فهو عمد وأما مالك فرأى لما للاب من التسلط على تأديب ابنه ومن المحبة ان يحمل القتل الذي يكون في أمثال هذه الأحوال على أنه ليس بعمد ولم يتهمه اذ كان ليس بقتل غيلة فانما يحمله فاعله على أنه قصد القتل من جهة غلبة الظن وقوة التهمة اذ كانت النيات لا يطاع عليها الا الله تعالى فخالف لم يهتم الأب حيث اتهم الأجنبي لقوة المحبة التي بين الأب والابن والجمهور انما عللوا ذلك بالحد عن الأب لما كان حقه على الابن والذي يحكيه على أصول أهل الظاهر أن يقاد فهذا القول في الموجب

❦ وأما القول في الموجب ❦

فاتفقوا على أن لولى الدم أحد شيئين القصاص أو العفو اما على الدية واما على غير الدية واختلفوا هل الانتقال من القصاص الى العفو على أخذ الدية هو حق واجب لولى الدم دون أن يكون في ذلك خيار للقتل من أم لا تثبت الدية الا بتراضي الفريقين أعنى الولي والقاتل وانه اذا لم ير المقتص منه أن يؤدي الدية لم يكن لولى الدم الا القصاص مطلقا والعفو فقال مالك لا يجب للولى الآن يقتص أو يعفو عن غير دية الا أن يرضى باعطاء الدية القاتل وهي رواية ابن القاسم عنه وبه قال أبو حنيفة والثوري والأوزاعي وجاعة وقال الشافعي وأحمد وأبو ثور ودود وأكثرفقهاء المدينة من أصحاب مالك وغيره ولى الدم بالخيار ان شاء اقتص وان شاء أخذ الدية رضى القاتل أو لم يرض وروى ذلك أشهب عن مالك الا أن المشهور عنه هي الرواية الأولى فعمدة مالك في الرواية المشهورة حديث أنس بن مالك في قصة سن الربيع أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال كتاب الله القصاص فعلم بدليل الخطاب أنه ليس له الا القصاص وعمدة الفريق الثاني حديث أبي هريرة الثابت من قتل له قتيل فهو بخير النظرين بين أن يأخذ الدية وبين أن يعفو هما حديثان متفق على صحتهما لكن الأول ضعيف الدلالة في أنه ليس له الا القصاص والثاني نص في ان له الخيار والجمع بينهما يمكن اذا رفع دليل الخطاب من ذلك فان كان الجمع واجبا وبمكأ فالصبر الى الحديث الثاني واجب والجمهور على أن الجمع واجب اذا أمكن وانه أولى من الترجيح وأيضا فان الله عز وجل يقول (ولا تقتلوا أنفسكم) واذا عرض على المكلف فداء نفسه بمال فواجب عليه أن يقديها أصله اذا وجد الطعام في محصة بقيمة مثله وعنده ما يشتره أعنى أنه يقضى عليه بشرائه فكيف بشرائه نفسه ويزم على هذه الرواية اذا كان للقتول أولياء صغار وكبار أن يؤخروا القتل الى أن يكبر الصغار فيكون لهم الخيار ولا سيما اذا كان الصغار يحجبون الكبار مثل البنين مع الاخوة قال القاضي وقد كانت وقعت هذه المسئلة بقرطبة حياة جدى هـ رحمه الله فافق أهل زمانه بالرواية المشهورة وهو أن لا ينتظر الصغير فأفقي هـ رحمه الله بانتظاره على القياس

فشنع أهل زمانه ذلك عليهم كما نوا عليه من شدة التقليد حتى اضطر أن يضع في ذلك قولاً يتصرف فيه لهذا المنهج وهو موجود بأيدى الناس والنظر في هذا الباب هو في قسمين في العفو والقصاص والنظر في العفو في شيئين أحدهما فحين له العفو عن ليس له وترتيب أهل الدم في ذلك وهل يكون له العفو على الدية أم لا وقد تكلمنا في هل له العفو على الدية وأما من لهم العفو بالجله فهم الذين لهم القيام بالدم والذين لهم القيام بالدم هم العصبة عند مالك وعند غيره كل من يرث وذلك أنهم أجمعوا على أن المقتول عمدا إذا كان له بنون بالغون فعفاً عنهم ان القصاص قد بطل ووجب الدية واختلفوا في اختلاف البنات مع البنين في العفو أو في القصاص وكذلك الزوجة أو الزوج والاخوات فقال مالك ليس للبنات ولا الاخوات قول مع البنين والاخوة في القصاص وأوضده ولا يعتبر قوطن مع الرجال وكذلك الأمر في الزوجة والزوج وقال أبو حنيفة والثوري وأحمد والشافعي كل وارث يعتبر قوله في إسقاط القصاص وفي إسقاط حظه من الدية وفي الأخذ به قال الشافعي الغائب منهم والحاضر والصغير والكبير سواء وعمدة هؤلاء اعتبارهم الدم بالدية وعمدة الفريق الأول ان الولاية إنما هي للذكر ان دون الاناث واختلف العلماء في المقتول عمدا إذا عفا عنه دمه قبل أن يموت هل ذلك جائز على الاولياء وكذلك في المقتول خطأ إذا عفا عن الدية فقال قوم إذا عفا المقتول عن دمه في العمد مضى ذلك وعن قال بذلك مالك وأبو حنيفة والأوزاعي وهذا أحد قول الشافعي وقالت طائفة أخرى لا يلزم عفوهم والاولياء القصاص أو العفو وعن قال به أبو ثور وداود وهو قول الشافعي بالعراق وعمدة هذه الطائفة ان الله خير الولي في ثلاث اما العفو واما القصاص واما الدية وذلك عام في كل مقتول سواء عفا عنه دمه قبل الموت أو لم يعف وعمدة الجمهور أن الشيء الذي جعل للولي إنما هو حق المقتول فتاب فيه منابه وأقيم مقامه فكان المقتول أحق بالخيار من الذي أقيم مقامه بعد موته وقد أجمع العلماء على أن قوله تعالى فمن تصدق به فهو كفارة له أن المراد بالتصدق هنا هو المقتول يتصدق بدمه وإنما اختلفوا على من يعود الضمير في قوله فهو كفارة له فقيل على القاتل لمن رأى له توبة وقيل على المقتول من ذنبه وخطيائه وأما اختلافهم في عفو المقتول خطأ عن الدية فقال مالك والشافعي وأبو حنيفة وجمهور فقهاء الأمصار ان عفوهم من ذلك في ثلثه الآن يبيحه الورثة وقال قوم يجوز في جميع ماله وعن قال به طائفة والحسن وعمدة الجمهور أنه وأهله ماله بعد موته فلم يجز الا في الثلث أصله الوصية وعمدة الفرقة الثانية انه إذا كان له أن يعفو عن الدم فهو أخرى أن يعفو عن المال وهذه المسئلة هي أخص بكتاب الديات واختلف العلماء إذا عفا المجرم روح عن الجراحات فأت منها هل للاولياء أن يطالبوا بدمه أم لا فقال مالك لهم ذلك الآن يقول عفو عن الجراحات وعما تولى اليه وقال أبو يوسف ومحمد إذا عفا عن الجراحة ومات فلاحق لهم والعفو عن الجراحات عفو عن الدم وقال قوم بل تلزمهم الدية إذا عفا عن الجراحات مطلقاً وهؤلاء اختلفوا بينهم من قال تلزم الجراح الدية كلها واختاره المزني من أقوال الشافعي ومنهم من قال يلزم من الدية ما بقي منها بعد إسقاط دية الجرح الذي عفا عنه وهو قول الثوري وأما من يرى أنه لا يعفو عن الدم فليس يتصور معه خلاف في أنه لا يسقط ذلك طلب الولي الدية لانه إذا كان عفوهم عن الدم لا يسقط حق الولي فأخرى أن لا يسقط عفوهم عن الجرح واختلفوا في القاتل عمداً يعني عنه هل يبق للسلطان فيه حق أم لا فقال

مالك واليثة انه يجلد مائة وتسجن سنة وبه قال أهل المدينة وروى ذلك عن عمر وقالت طائفة الشافعي وأحمد واسحق وأبو ثور لا يجب عليه ذلك وقال أبو ثور الا ان يكون يعرف بالشر فيؤدبه الامام على قدر ما يرى ولا عمدة للطائفة الأولى الا أن تضعف وعمدة الطائفة الثانية ظاهر الشرع وأن التحديد في ذلك لا يكون الا بتوقيف ولا توقيف ثابت في ذلك

✽ القول في القصاص ✽

والنظر في القصاص هو في صفة القصاص ومن يكون ومتى يكون فاما صفة القصاص في النفس فان العلماء اختلفوا في ذلك فمنهم من قال يقتص من القاتل على الصفة التي قتل فمن قتل ثغرياً قتل ثغرياً ومن قتل بضرب بجحر قتل بمثل ذلك وبه قال مالك والشافعي قالوا الا أن يطول تعذيبه بذلك فيكون السيف له أرواح واختلف أصحاب مالك فحين حرق آخر هل يحرق مع موافقتهم لمالك في احتذاء صورة القتل وكذلك فمن قتل بالسهم وقال أبو حنيفة وأصحابه بآى وجه قتله يقتل الا بالسيف وعمدتهم ما روى الحسن عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا قود الا بحديدة وعمدة الفريق الأول حديث أنس أن يهودي ارضخ رأس امرأة بحجر فرفض النبي صلى الله عليه وسلم رأسه بحجر أو قال بين حجرين وقوله (كتب عليكم القصاص في القتلى) والقصاص يقتضى المماثلة وأما من يكون القصاص فالظاهر انه يكون من ولي الدم وقديراً انه لا يمكن منه لكان العداوة مخافة أن يحوط فيه وأما متى يكون القصاص فبعد ثبوت موجباته والاعذار الى القاتل في ذلك ان لم يكن مقراً واختلفوا هل من شرط القصاص أن لا يكون الموضع الحرم وأجبعوا على أن الحامل اذا قتلت عمداً انه لا يقاد منها حتى تضع حملها واختلفوا في القاتل بالسهم والجهور على وجوب القصاص وقال بعض أهل الظاهر لا يقتص منه من أجل انه عليه السلام سم هو وأصحابه فلم تعرض لمن سمه كل كتاب القصاص في النفس

✽ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً ✽

✽ كتاب الجراح ✽

والجراح صنفان منها ما فيه القصاص أو الدية أو العفو ومنها ما فيه الدية أو العفو ولنبداً بما فيه القصاص والنظر أيضاً هاهنا في شروط الجراح والجرح الذي به يحق القصاص والمجروح وفي الحكم الواجب الذي هو القصاص وفي بدله ان كان له بدل

✽ القول في الجراح ✽

ويشترط في الجراح ان يكون مكلفاً كما يشترط ذلك في القاتل وهو ان يكون بالغاً عقلاً والبلوغ يكون بالاحتلام والسن بلا خلاف وان كان الخلاف في مقداره فاقصاه ثمانية عشر سنة وأقله خمسة عشر سنة وبه قال الشافعي ولا خلاف أن الواحد اذا قطع عضو انسان واحد اقتص منه اذا كان بما فيه القصاص واختلفوا اذا قطعت جماعة عضواً واحداً فقال أهل الظاهر لا تقطع يدان في يد وقال مالك والشافعي تقطع الايدي باليد الواحدة كما تقتل عندهم النفس بالنفس الواحدة وفرقت الخفية بين النفس والاطراف فقالوا لا تقطع أعضاء بعض وتقتل أنفس بنفس وعنهم ان الاطراف تتبع بعض وازهاق النفس لا يتبع بعض واختلف في الانبات فقال الشافعي هو بلوغ باطلاق واختلف المذهب فيه

في الحدود هل هو بلوغ فيها أم لا والأصل في هذا كله حديث شي قريظة أنه صلى الله عليه وسلم قتل منهم من أنبت وجرت عليه المواسي كأن الأصل في السن حديث ابن عمر أنه عرضه يوم الخندق وهو ابن أربع عشرة سنة فلم يقبله وقبله يوم أحد وهو ابن خمس عشرة سنة

﴿ القول في المجروح ﴾

وأما المجروح فإنه يشترط فيه أن يكون دمه مكافئاً لدم الجراح والذي يؤثر في التكافؤ العبودية والكفر أما العبد والجرح فأنهم اختلفوا في وقوع القصاص بينهما في الجرح كاختلافهم في النفس فمنهم من رأى أنه لا يقتص من الجرح العبد ويقتص للحر من العبد كالحال في النفس ومنهم من رأى أنه يقتص لكل واحد منهما من كل واحد ولم يفرق بين الجرح والنفس ومنهم من فرق فقال يقتص من الأعلى للادنى في النفس والجرح ومنهم من قال يقتص من النفس دون الجرح وعن مالك الروايتان والصواب كما يقتص من النفس ان يقتص من الجرح فهذه هي حال العبيد مع الأحرار وأما حال العبيد بعضهم مع بعض فإن العلماء فيهم ثلاثة أقوال أحدها أن القصاص بينهم في النفس وما دونها وهو قول الشافعي وجاعة وهو مروى عن عمر بن الخطاب وهو قول مالك والقول الثاني أنه لا قصاص بينهم لافي النفس ولافي الجرح وأنهم كالبهائم وهو قول الحسن وابن شبرمة وجاعة والثالث أن القصاص بينهم في النفس دون ما دونها وبه قال أبو حنيفة والثوري وروى ذلك عن ابن مسعود وعمدة الفريق الأول قوله تعالى (والعبد بالعبد) وعمدة الخنيفة ما روى عن عمران بن الحصين أن عبد القوم فقرا فقطع أذن عبد القوم أغنياء فأتوا رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يقتص منه فهذا هو حكم النفس

﴿ القول في الجرح ﴾

وأما الجرح فإنه يشترط فيه ان يكون على وجه العمد أغنى الجرح الذي يجب فيه القصاص والجرح لا يخلو ان يكون بتلف جارحة من جوارح المجروح أو لا يتلف فإن كان مما يتلف جارحة فالعمد فيه هو ان يقصد ضربه على وجه الغضب بما يجرح غالباً وأما ان جرحه على وجه اللعب أو بما لا يجرح به غالباً أو على وجه الأدب فيشبه ان يكون فيه الخلاف الذي يقع في القتل الذي يتولد عن الضرب في اللعب والأدب بما لا يقتل غالباً فإن بأحنيفة يعتبر الآلة حتى يقول ان القتال بالمثل لا يقتل وهو شذوذ منه أغنى بالخلاف هل فيه القصاص أو الدية ان كان الجرح مما فيه الدية وأما ان كان الجرح قد أتلّف جارحة من جوارح المجروح فن شرط القصاص فيه العمد أيضاً بخلاف وفي تمييز العمد منه من غير العمد خلاف أما اذا ضربه على العضو نفسه فقطعه وضربه بألة تقطع العضو غالباً أو ضربه على وجه النائرة فلا خلاف ان فيه القصاص وأما ان ضربه بطمعة أو سوط أو ما أشبه ذلك مما الظاهر منه انه لم يقصد اتلاف العضو مثل ان يلطمه فيفقا عينيه فالذي عليه الجمهور انه شبه العمد ولا قصاص فيه وفيه الدية مغلظة في ماله وهي رواية العراقيين عن مالك والمشهور في المذهب أن ذلك عمد وفيه القصاص الا في الأب مع ابنه وذهب أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد إلى أن شبه العمد انما هو في النفس لافي الجرح وأما ان جرحه فأتلف عضواً على وجه اللعب ففيه قولان أحدهما وجوب القصاص والثاني نفيه وما يجب على هذين القولين ففيه القولان قيل الدية مغلظة وقيل دية الخطأ أغنى فيا فيه دية وكذلك اذا كان على وجه الادب ففيه

الخلاص وأما ما يجب في جراح العمد اذا وقعت على الشروط التي ذكرنا فهو القصاص لقوله تعالى (والجروح قصاص) وذلك فيما أمكن القصاص فيها ومنها وفيما وجد منه محل القصاص ولم يحش منه تلف النفس وانما صاروا لهذا لما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رفع القود في المأومة والمنقلة والجانقة فرأى مالك ومن قال بقوله ان هذا حكم ما كان في معنى هذه من الجراح التي هي متآلف مثل كسر عظم الرقبة والصلب والصدر والفخذ وما أشبه ذلك وقد اختلف قول مالك في المنقلة فمرة قال بالقصاص ومرة قال بالنية وكذلك الأمر عند مالك فيما لا يمكن فيه التساوي في القصاص مثل الاقتصاص من ذهاب بعض النظر أو بعض السمع ومنع القصاص أيضاً عند مالك عدم المثل مثل ان يفتأ أعمى عين بصير واختلفوا من هذا في الأعور يفتأ عين الصحيح عمدا فقال الجمهور ان أحب الصحيح ان يستقيد منه فله القود واختلفوا اذا عفان عن القود فقال قوم ان أحب فله الدية كاملة أعتد دنار وهو مذهب مالك وقيل ليس له الا نصف الدية وبه قال الشافعي وهو أيضاً منقول عن مالك وبقول الشافعي قال ابن القاسم وبالقول الآخر قال المغيرة من أمهاتة وابن دينار وقال الكوفيون ليس للصحيح الذي فقت عينه الا القود أو ما اصطلاح عليه وقد قيل لا يستقيد من الأعور وعليه الدية كاملة روي هذا عن ابن المسيب وعن عثمان وعنده صاحب هذا القول ان عين الأعور بمنزلة عينين فمن فقتاها في واحدة فكانه اقتص من اثنين في واحدة وإلى نحو هذا ذهب من رأى أنه اذا ترك القود ان له دية كاملة ويلزم حامل هذا القول أن لا يستقيد ضرورة ومن قال بالقود وجعل الدية نصف الدية فهو أحوز لأصله فتأمل فإنه بين بنفسه والله أعلم وأماهل الجروح مخير بين القصاص وأخذ الدية أم ليس له الا القصاص فقط الا ان يصطلح على أخذ الدية ففيه القولان عن مالك مثل القولين في القتل وكذلك أحد قولي مالك في الأعور يفتأ عين الصحيح أن الصحيح يخير بين أن يفتأ عين الأعور أو يأخذ الدية ألف دينار وخمسائة على الاختلاف في ذلك (وأما متى يستقاد من الجرح) فعند مالك أنه لا يستقاد من جرح الابعداً منه وعند الشافعي على الفور فالشافعي تمسك بالظاهر ومالك رأى ان يعتبر ما يؤل إليه امر الجرح مخافة ان يفرض الى اتلاف النفس واختلف العلماء في المقتص من الجرح يموت المقتص منه من ذلك الجرح فقال مالك والشافعي وأبو يوسف ومحمد لا شيء على المقتص وروي عن علي وعمر مثل ذلك وبه قال أحمد وأبو ثور وداد وقال أبو حنيفة والثوري وابن أبي ليلى وجاعة اذا مات وجب على عاقلة المقتص الدية وقال بعضهم هي في ماله وقال عثمان البتي يسقط عنه من الدية قبر الجراحة التي اقتص منها وهو قول ابن مسعود فعمدة الفريق الأول اجماعهم على أن السارق اذا مات من قطع يده انه لا شيء على الذي قطع يده وعمدة أبي حنيفة انه قتل خطأ فوجب فيه الدية ولا يقاد عند مالك في الحر الشديد ولا البرد الشديد ويؤخر ذلك مخافة ان يموت المقاد منه وقد قيل ان المكان شرط في جواز القصاص وهو غير الحرم فهذا هو حكم العمد في الجنائيات على النفس وفي الجنائيات على أعضاء البدن وينبغي ان نصير الى حكم الخطأ في ذلك ونبتدي بحكم الخطأ في النفس

كتاب الديات في النفوس ❦

والأصل في هذا الباب قوله تعالى (ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله الا ان

يصدقوا) والديات تختلف في الشريعة بحسب اختلاف المماء وبحسب اختلاف الذين تلزمهم الدية^٢ وتختلف أيضا بحسب العمد اذ ارضى بها اما الفرعان وامام له القود على ما تقدم من الاختلاف والنظر في الدية هو في موجبها أعنى في أى قتل تجب ثم في نوعها وفي قدرها وفي الوقت الذي تجب فيه وعلى من تجب فالما في أى قتل تجب فانهم اتفقوا على انها تجب في قتل الخطأ وفي العمد الذي يكون من غير مكاف مثل المجنون والصبي وفي العمد الذي تكون حرمة المقتول فيه ناقصة عن حرمة القاتل مثل الحر والعبد ومن قتل الخطأ ما اتفقوا على انه خطأ ومنه ما اختلفوا فيه وقد تقدم صدر من ذلك وسيأتى بعد ذلك اختلافهم في تضمين الرأب والسائق والقائد وأما قدرها ونوعها فانهم اتفقوا على أن دية الحر المسلم على أهل الابل مائة من الابل وهي في مذهب مالك ثلاث ديات دية الخطأ ودية العمد اذ قبلت ودية شبه العمد وهي عند مالك في الاشهر عنه مثل فعل المدلجى بآبانه وأما الشافعي فالدية عنه اثنان فقط مخففة ومغلظة فالمخففة دية الخطأ والمغلظة دية العمد ودية شبه العمد وأما أبو حنيفة فالديات عنده اثنان أيضا دية الخطأ ودية شبه العمد وليس عنده دية في العمد وانما الواجب عنده في العمد ما اصطاحا عليه وهو حال عليه غير مؤجل وهو معنى قول مالك المشهور لانه اذا لم تلزمه الدية عنده الا باصطلاح فلا معنى لتسميتها دية الاماروى عنه انها تكون مؤجلة كدية الخطأ فهنا يخرج حكمها عن حكم المال المصطلح عليه ودية العمد عنده أربع وخمسون وعشرون بنت مخاض وخمسون وعشرون بنت لبون وخمسون وعشرون حقة وخمسون وعشرون جذعة وهو قول ابن شهاب وربيعة والدية المغلظة عنده اثلاثا ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفه وهي الحوامل ولا تكون المغلظة عنده في المشهور الا في مثل فعل المدلجى بآبانه وعند الشافعي انها تكون في شبه العمد اثلاثا أيضا وروى ذلك أيضا عن عمر وزيد ابن ثابت وقال أبو ثور الدية في العمد اداعفا وإلى الدم اخساسا كدية الخطأ واختلفوا في اسنان الابل في دية الخطأ فقال مالك والشافعي هي أخماس عشرون ابنة مخاض وعشرون ابنة لبون وعشرون ابن لبون ذكر وعشرون حقة وعشرون جذعة وهو مروي عن ابن شهاب وربيعة وبه قال أبو حنيفة وأصحابه أعنى التخميس الا انهم جعلوا مكان ابن لبون ذكر ابن مخاض ذكر وروى عن ابن مسعود الوجهان جميعا وروى عن سيدنا علي انه جعلها أرباعا سقط منها الخمس والعشرين بنى لبون واليه ذهب عمر بن عبد العزيز ولا حديث في ذلك مسند فدل على الاباحة والله أعلم كما قال أبو عمر بن عبد البر وخرج البخاري والترمذي عن ابن مسعود عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال في دية الخطأ عشرون بنت مخاض وعشرون ابن مخاض ذكور وعشرون بنت لبون وعشرون جذعة وعشرون حقة واعتل لهذا الحديث أبو عمر بانه روى عن حنيف بن مالك عن ابن مسعود وهو مجهول قال وأحب^٣ الله في ذلك الرواية عن علي لانه لم يختلف في ذلك عليه كما اختلف على ابن مسعود وخرج أبو داود عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى ان من قتل خطأ فديته مائة من الابل ثلاثون بنت مخاض وثلاثون بنت لبون وثلاثون حقة وعشرة بنى لبون ذكر قال أبو سليمان الخطابي هذا الحديث لا أعرف أحدا من الفقهاء المشهورين قال به وانما قال أكثر العلماء ان دية الخطأ أخماس وان كانوا اختلفوا في الاصناف وقسروا ان دية الخطأ أربعة عن بعض العلماء

وهم الشعبي والنخعي والحسن البصري وهؤلاء جعلوها خمسا وعشرين جنعة وخمسا وعشرين حقة
 وخمسا وعشرين بنات لبون وخمسا وعشرين بنات مخاض كجاري عن علي وخرجه أبو داود وانما صار
 الجمهور الى تخميس دية الخطأ عشرون حقة وعشرون جنعة وعشرون بنت مخاض وعشرون بنت
 لبون وعشرون بنتي مخاض ذكر وان كان لم يتفقوا على بنى المخاض لانهم تذكري في اسنان فيها وقياس
 من أخذ بحديث التخميس في الخطأ وحديث التريع في شبه العمد ان ثبت هذا النوع الثالث
 ان يقول في دية العمد بالتثليث كما قدر في ذلك عن الشافعي ومن لم يقل بالتثليث شبه العمد بما دونه
 فهذا هو مشهور أقوالهم في الدية التي تكون من الابل على أهل الابل وأما أهل الذهب والورق فأنهم
 اختلفوا أيضا فيجب من ذلك عليهم فقال مالك على أهل الذهب ألف دينار وعلى أهل الورق اثناعشر
 ألف درهم وقال أهل العراق على أهل الورق عشرة آلاف درهم وقال الشافعي بمصر لايؤخذ من
 أهل الذهب ولا من أهل الورق الا بقية الابل بالغا ما بلغت وقوله بالعراق مثل قول مالك وعمدة مالك
 تقوم عمر بن الخطاب المائة من الابل على أهل الذهب بألف دينار وعلى أهل الورق باثني عشر ألف
 درهم وعمدة الخنفية مارووا أيضا عن عمر انه قوم الدينار بعشرة دراهم واجاعهم على تقوم المثلث بها
 في الزكاة وأما الشافعي فيقول ان الأصل في الدية انما هو مائة بغير وعمر انما جعل فيها ألف دينار
 على أهل الذهب واثنى عشر ألف درهم على أهل الورق لان ذلك كان قيمة الابل من الذهب والورق
 في زمانه واجعله ماروي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أنه قال كانت الديات على عهد رسول الله
 صلى الله عليه وسلم ثمانمائة دينار وثمانية آلاف درهم ودية أهل الكتاب على النصف من دية المسلمين
 قال فكان ذلك حتى استخلف عمر فقلع خطيبا فقال ان الابل قد غلت ففرضها عمر على أهل الورق
 اثني عشر ألف درهم وعلى أهل الذهب ألف دينار وعلى أهل البقر مائتي بقرة وعلى أهل الشاة ألفي شاة
 وعلى أهل الخيل مائتي حلة وترك دية أهل النمة لم يرفع فيها شيئا واحتج بعض الناس لما كان لانه لو كان
 تقوم عمر بدلا لكان ذلك دينابدين لاجاعهم أن الدية في الخطأ مؤجلة ثلاث سنين ومالك وأبو حنيفة
 وجاعة متفقون على أن الدية لا تؤخذ الا من الابل أو الذهب أو الورق وقال أبو يوسف ومحمد بن الحسن
 والفقهاء السبعة المديون يوضع على أهل الشاة الفاشاة وعلى أهل البقر مائتا بقرة وعلى أهل البرود
 مائتا حلة وعندهم حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده المتقدم وما أسنده أبو بكر بن أبي شبة
 عن عطاء أن رسول الله صلى الله عليه وسلم وضع الدية على الناس في أموالهم ما كانت على أهل الابل
 مائة بغير وعلى أهل الشاة ألفا شاة وعلى أهل البقر مائتا بقرة وعلى أهل البرود مائتا حلة وماروي عن
 عمر بن عبد العزيز أنه كتب الى الأجناد أن الدية كانت على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم مائة بغير
 قال فان كان الذي أصابه من الاعراب فديته من الابل لا يكف الا عراقي الذهب ولا الورق فان لم يجد
 الاعراب مائة من الابل فعدها من الشاة ألفا شاة ولان أهل العراق يضاروا عن عمر مثل حديث عمرو
 ابن شعيب عن أبيه عن جده نصا وعمدة الفريق الأول أنه لو جاز أن تقوم بالشاة والبقر لجاز أن تقوم
 بالطعام على أهل الطعام وبالحمل على أهل الحمل وهذا لا يقول به أحد والنظر في الدية كما قلت هو في نوعها
 وفي مقدارها وعلى من يجب وفيما يجب ومتى يجب أماناتها ومقدارها فقد تكلمنا فيه في الذكور الاحرار

المسلمين وأما على من يجب فلا خلاف بينهم أن دية الخطأ تجب على العاقلة وأنه حكم مخصوص من عموم قوله تعالى (ولا تزر وازرة وزر أخرى) ومن قوله عليه الصلاة والسلام لا بى زمنه لولده لا يجنى عليك ولا يجنى عليك وأما دية العمد فجمهورهم على أنها ليست على العاقلة لما روى عن ابن عباس ولا مخالفة له من الصحابة أنه قال لا تحمل العاقلة عمدا ولا اعترافا ولا صلحا في عمد وجهوهم على أنها لا تحمل من أصاب نفسه خطأ وشذ الاوزاعي فقال من ذهب يضرب العمد وقتل نفسه فعلى عاقلته الدية وكذلك عندهم في قطع الأعضاء وروى عن عمر أن رجلا فقأ عين نفسه خطأ فقتل له عمر بديتها على عاقلته واختلفوا في دية شبه العمد وفي الدية المغلظة على قولين واختلفوا في دية ماجناه المجنون والصبي على من تجب فقال مالك وأبو حنيفة وجاعة أنه كله يحمل على العاقلة وقال الشافعي عمد الصبي في ماله وسبب اختلافهم تردد فعل الصبي بين العمد والمخطئ فمن غلب عليه شبه العمد أوجب الدية في ماله ومن غلب عليه شبه الخطأ أوجبها على العاقلة وكذلك اختلفوا إذا اشترك في القتل عمد وصبي والذين أوجبوا على العمد القصاص وعلى الصبي الدية اختلفوا على من تكون فقال الشافعي على أصله في مال الصبي وقال مالك على العاقلة وأما أبو حنيفة فيرى أن لا قصاص بينهما * وأما من يجب فانهم اتفقوا على أن دية الخطأ مؤجلة في ثلاث سنين وأما دية العمد فخلة إلا أن يصطلحا على التأجيل * وأما من هم العاقلة فإن جمهور العلماء من أهل الحجاز اتفقوا على أن العاقلة هي القرابة من قبل الأب وهم العصبة دون أهل الديوان وتحمل المولى العقل عند جمهورهم إذا عجزت عنه العصبة الا اذا دواؤه فانه لم ير المولى عصبة وليس فبا يجب على واحد واحد منهم حد عند مالك وقال الشافعي على الفتي دينار وعلى الفقير نصف دينار وهي عند الشافعي مرتبة على القرابة بحسب قربهم فالأقرب من بنى أبيه ثم من بنى جده ثم من بنى بنى أبيه وقال أبو حنيفة وأصحابه العاقلة هم أهل ديوانه ان كان من أهل ديوان وعمدة أهل الحجاز انه تعاقل الناس في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي زمان أبي بكر ولم يكن هنالك ديوان وإنما كان الديوان في زمان عمر بن الخطاب واعتقد الكوفيون حديث جبير بن مطعم عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا حلف في الاسلام وأما حلف كان في الجاهلية فلا يزده الاسلام الا قوة وبالجملة فتمسكوا في ذلك بنحو تمسكهم في وجوب الولاء للحلفاء واختلفوا في جنابة من لا عصبة له ولا مولى وهم السائبة اذا جنى خطأ هل يكون عليه عقل أم لا وان كان فعلى من يكون فقال من لم يجعل لهم مولى ليس على السائبة عقل وكذلك من لم يجعل العقل على المولى وهو داود وأصحابه وقال من جعل ولده لمن أعتقه عليه عقله وقال من جعل ولده للمسلمين عقله في بيت المال ومن قال ان للسائبة ان يوالى من شاء جعل عقله لمن والاه وكل هذه الاقاويل قد حكيت عن السلف والديان تختلف بحسب اختلاف المودى فيه والمؤثر في نقصان الدية هي الانوثة والكفر والعبودية أما دية المرأة فانهم اتفقوا على أنها على النصف من دية الرجل في النفس فقط واختلفوا فيما دون النفس من الشجاج والأعضاء على ما سياتى القول فيه في ذيات الجروح والأعضاء وأما دية أهل النمة اذا قتلوا خطأ فإن للعلماء في ذلك ثلاثة أقوال أحدها أن ديتهم على النصف من دية المسلم ذكر انهم على النصف من ذكر ان المسلمين ونساؤهم على النصف من نساؤهم وبه قال مالك وعمر بن عبد العزيز وعلى هذا

تكون دية جراحهم على النصف من دية المسلمين والقول الثاني أن ديتهم ثلث دية المسلم وبه قال الشافعي وهو مروى عن عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وقال به جماعة من التابعين والقول الثالث أن ديتهم مثل دية المسلمين وبه قال أبو حنيفة والثوري وجماعة وهو مروى عن ابن مسعود وقد روى عن عمر وعثمان وقال به جماعة من التابعين فعمدة الفريق الأول مروى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال دية الكافر على النصف من دية المسلم وعمدة الحنفية عموم قوله تعالى (وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مساسة إلى أهلهم وتحريم رقبة مؤمنة) ومن السنة ما رواه معمر عن الزهري قال دية اليهودي والنصراني وكل ذي مثل دية المسلم قال وكانت كذلك على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وعمر وعثمان وعلى حتى كان معاوية لجعل في بيت المال نصفها وأعطى أهل المقتول نصفها ثم قضى عمر بن عبد العزيز بنصف الدية وأثنى الذي جعله معاوية في بيت المال قال الزهري فلم يقض لي أن أذكر بذلك عمر بن عبد العزيز فآخبره أن الدية قد كانت تامة لأهل التمة وأما إذا قتل العبد خطأ أو عمداً على من لا يرى القصاص فيه فقال قوم عليه قيمته بالغة ما بلغت وإن زادت على دية الحر وبه قال مالك والشافعي وأبو يوسف وهو قول سعيد بن المسيب وعمر بن عبد العزيز وقال أبو حنيفة ومحمد لا يتجاوز بقيمة العبد الدية وقالت طائفة من فقهاء الكوفة فيه الدية ولكن لا يبلغ به دية الحر ينقص منها شيئاً وعمدة الحنفية أن الرق حال نقص فوجب أن لا تزيد قيمته على دية الحر وعمدة من أوجب فيه الدية ولكن ناقصة عن دية الحر أنه مكافئ ناقص فوجب أن يكون الحكم ناقصاً عن المرلكن واحداً بالتويع أصله الخلفي الزنا والقذف والخروج والطلاق ولو قيل فيه أنها تكون على النصف من دية الحر لكان قولاه وجه أعنى في دية الخطأ لكن لم يقل به أحد وعمدة مالك أنه مال قد أتلف فوجب فيه القيمة أصله سائر الأموال واختلف في الواجب في العبد على من يجب فقال أبو حنيفة هو على عاقلة القاتل وهو الأشهر عن الشافعي وقال مالك هو على القاتل نفسه وعمدة مالك تشبيه العبد بالعرض وعمدة الشافعي قياسه على الحر (وما يدخل في هذا الباب) من أنواع الخطأ دية الجنين وذلك لأن سقوط الجنين عن الضرب ليس هو عمداً محضاً وإنما هو عمد في أمه خطأ فيه والنظر في هذا الباب هو أيضاً في الواجب في ضرب الأجنة وفي صفة الجنين الذي يجب فيه الواجب وعلى من يجب ولين يجب وفي شروط الوجوب فأما الأجنة فأنهم اتفقوا على أن الواجب في جنين الحرة وجنين الأمة من سيدها هو غرة لما ثبت عنه صلى الله عليه وسلم من حديث أبي هريرة وغيره أن امرأتين من هذيل رمت أحدهما الآخرى فطرح جنيها فقضى فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم بغرة عبد أو وليدة واتفقوا على أن قيمة الغرة الواجبة في ذلك عند من رأى أن الغرة في ذلك محدودة بالقيمة وهو منتهى الجمهور هي نصف عشرة دية أمه الآن من رأى أن الدية الكاملة على أهل الدراهم هي عشرة آلاف درهم قال دية الجنين خمسمائة درهم ومن رأى أنها اثنا عشر ألف درهم قال ست مائة درهم والذين لم يحدا في ذلك حداً أو لم يحدها من جهة القيمة وأجازوا استخراج قيمتها قالوا الواجب في ذلك قيمة الغرة بالغة ما بلغت وقال داود وأهل الظاهر كل ما وقع عليه اسم غرة أجزاً ولا يجزى عنده القيمة في ذلك فيما أحسب واختلفوا في الواجب في جنين الأمة

وفي جنين الكآبة فذهب مالك والشافعي إلى أن في جنين الأمة عشر قبة أمه ذكرنا كان أو أنثى يوم
يحنى عليه وفرق قوم بين الذكر والأنثى فقال قوم إن كان أنثى فيه عشر قبة أمه وإن كان ذكر فاعشر
قبة لو كان حيا وبه قال أبو حنيفة ولا خلاف عندهم إن جنين الأمة إذا سقط حيا إن فيه قبة
وقال أبو يوسف في جنين الأمة إذا سقط ميتا منها ناقص من قبة أمه وأما جنين النملة فقال مالك
والشافعي وأبو حنيفة فيه عشر دية أمه لكن أبو حنيفة على أصله في أن دية الذمي دية المسلم والشافعي على
أصله في أن دية الذمي ثلث دية المسلم ومالك على أصله في أن دية الذمي نصف دية المسلم وأما صفة الجنين الذي
تجب فيه فأنهم اتفقوا على أن من شروطه أن يخرج الجنين ميتا ولا يموت أمه من الضرب واختلفوا
إذا ماتت أمه من الضرب ثم سقط الجنين ميتا فقال الشافعي ومالك لا شيء فيه وقال أشهب فيه الغرة
وبه قال الليث وربيعة والزهرى واختلفوا من هذا الباب في فروع وهي العلامة التي تدل على سقوطه حيا
أوميتا فذهب مالك وأصحابه إلى أن علامة الحياة الاستهلال بالصباح والبكاء وقال الشافعي وأبو حنيفة
والتوري وأكثر الفقهاء كل ما علمت به الحياة في العادة من حركة أو عطاس أو تنفس فأحكمه أحكام الحي
وهو الاظهر واختلفوا من هذا الباب في الخلقة التي توجب الغرة فقال مالك كل ما طرحته من مضغة
أو علقمة بما علم أنه ولد ففيه الغرة وقال الشافعي لا شيء فيه حتى تستبين الخلقة والاجود أن يعتبر نفخ الروح
فيه أعني أن يكون تجب فيه الغرة إذا علم أن الحياة قد كانت وجدت فيه وأما على من تجب فأنهم اختلفوا
في ذلك فقالت طائفة منهم مالك والحسن بن حي والحسن البصري هي في مال الجاني وقال آخرون هي
على العاقلة وعن قال بذلك الشافعي وأبو حنيفة والتوري وجاعة وعمدتهم أنها جنابة خطأ فوجب على
العاقلة وما روى أيضا عن جابر بن عبد الله أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل في الجنين غرة على عاقلة
الضارب وبدأ بزوجها وولدها وأما مالك فشيها بدية العمد إذا كان الضرب عمدا وأما من تجب
فقال مالك والشافعي وأبو حنيفة هي لورثة الجنين وحكمها حكم الدية في أنها مورثة وقال ربيعة والليث
هي للام خاصة وذلك أنهم شبهوا جنينها بعض من أعضائها ومن الواجب الذي اختلفوا فيه في الجنين مع
وجوب الغرة وجوب الكفارة فذهب الشافعي إلى أن فيه الكفارة واجبة وذهب أبو حنيفة إلى أنه ليس
فيه كفارة واستحسنها مالك ولم يوجبها فأما الشافعي فإنه أوجبها لأن الكفارة عنده واجبة في العمد
والخطأ وأما أبو حنيفة فإنه غلب عليه حكم العمد والكفارة لا تجب عنده في العمد وأما مالك فلما كانت
الكفارة لا تجب عنده في العمد وتجب في الخطأ وكان هذا مرددا عنده بين العمد والخطأ استحسن فيه
الكفارة ولم يوجبها ومن أنواع الخطأ المختلف فيه اختلافهم في تضمين الرابك والسائق والقائد
فقال الجمهور هم ضامنون لما أصابت الدابة واجتجروا في ذلك بقضاء عمر على الذي أجرى فرسه فوطئ آخر
بالعقل وقال أهل الظاهر لا ضمان على أحد في جرح الهجاء واعتقدوا الأثر الثابت فيه عنه صلى الله
عليه وسلم من حديث أبي هريرة أنه قال عليه الصلاة والسلام جرح الهجاء جبار والبرجبار والمعدن
جبار وفي الركا ز الحسن حمل الجمهور الحديث على أنه إذا لم يكن للدابة راكب ولا سائق ولا قائد لأنهم رأوا
أنه إذا أصابت الدابة أحدا وعليها راكب أو لها قائد أو سائق فإن الراكب لها أو السائق أو القائد هو المصيب
ولكن خطأ واختلف الجمهور فيما أصابت الدابة برجلها فقال مالك لا شيء فيه إن لم يفعل صاحب الدابة

بالدابة شيئاً يعنينا به على أن ترح برجلها وقال الشافعي يضمن الراكب ما أصابت يدها أو برجلها وبه قال ابن شبرمة وابن أبي ليلى وسواهما بين الضمان برجلها أو بغير رجلها وبه قال أبو حنيفة إلا أنه استثنى الرحمة بالرجل أو بالذنب وروى ما احتج من لم يضمن رجل الدابة بما روى عنه صلى الله عليه وسلم الرجل جبار ولم يصح هذا الحديث عند الشافعي ورده وأقاويل العلماء فيمن حفر بئرًا فوق فيه إنسان متفاربة قال مالك إن حفر في موضع جرت العادة الحفر في مثله لم يضمن وإن تعدى في الحفر ضمن وقال الليث إن حفر في أرض يملكها لم يضمن وإن حفر فيها لا يملك ضمن فمن ضمن فهو عنده من نوع الخطأ وكذلك اختلفوا في الدابة الموقوفة فقال بعضهم إن أوقفها بحيث يجب له أن يوقفها لم يضمن وإن لم يفعل ضمن وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة يضمن على كل حال وليس يبرئه أن يربطها موضع يجوز له أن يربطها فيه كما لا يبرئه ركوبها من ضمان ما أصابته وإن كان الركوب مباحا واختلفوا في الفارسين يصطدمان فيموت كل واحد منهما فقال مالك وأبو حنيفة وجاعة على كل واحد منهما دية الآخر وذلك على العاقلة وقال الشافعي وعثمان البتي على كل واحد منهما نصف دية صاحبه لأن كل واحد منهما مات من فعل نفسه وفعل صاحبه وأجمعوا على أن الطبيب إذا أخطأ لزمته الدية مثل أن يقطع الحشفة في الختان وما أشبه ذلك لأنه في معنى الجاني خطأ وعن مالك رواية أنه ليس عليه شيء وذلك عنده إذا كان من أهل الطب ولا خلاف أنه إذا لم يكن من أهل الطب أنه يضمن لأنه متعدد وقسور في ذلك مع الإجماع حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من تطيب ولم يعلم منه قبل ذلك الطب فهو ضامن والدية فيها خطأ الطبيب عند الجمهور على العاقلة ومن أهل العلم من جعله في مال الطبيب ولا خلاف أنه إذا لم يكن من أهل الطب أنها في ماله على ظاهر حديث عمرو بن شعيب ولا خلاف بينهم أن الكفارة التي نص الله عليها في قتل الحر خطأ واجبة واختلفوا في قتل العمد هل فيه كفارة وفي قتل العبد خطأ فأوجبها مالك في قتل الحر فقط في الخطأ دون العمد وأوجبها الشافعي في العمد من طريق الأولى والأخرى وعند مالك إن العمد في هذا حكمه حكم الخطأ واختلفوا في تغليظ الدية في الشهر الحرام وفي البلد الحرام فقال مالك وأبو حنيفة وابن أبي ليلى لا تغلظ الدية فيهما وقال الشافعي تغلظ فيهما في النفس وفي الجراح وروى عن القاسم بن محمد وابن شهاب وغيرهم أنه زاد فيها مثل ثلثها وروى ذلك عن عمر وكذلك عند الشافعي من قتل ذارحم محرماً عمدة مالك وأبو حنيفة عموم الظاهر في توقيت الديات فمن ادعى في ذلك تخصيصاً فعليه الدليل مع أنهم قد أجمعوا على أنه لا تغلظ الكفارة فيمن قتل فيهما وعمدة الشافعي أن ذلك مروى عن عمر وعثمان وابن عباس وإذا روي عن الصحابة شيء مخالف للقياس وجب حله على التوقيف ووجه مخالفته للقياس أن التغليظ فيما وقع خطأ بعيد عن أصول الشرع وللفريق الثاني أن يقول إنه قد يتقبح في ذلك قياس لما ثبت في الشرع من تعظيم الحرم واختصاصه بضمان الصود فيه

كتاب الديات فيما دون النفس

والأشياء التي تجب فيها الدية فيما دون النفس هي شجاج وأعضاء فلنبدأ بالقول في الشجاج والنظر في هذا الباب في محل الوجوب وشرطه وفي قدره الواجب وعلى من تجب ومتى تجب ولين تجب فأما محل الوجوب فهي الشجاج أو قطع الأعضاء والشجاج عشرة في اللغة والفقهاء أولها الدامية وهي التي تدمي الجلد

ثم الحارصة وهي التي تشق الجلد ثم الباضعة وهي التي تبضع اللحم أي تشقه ثم المتلاحة وهي التي أخذت في اللحم ثم السمحاق وهي التي تبلغ السمحاق وهو الغشاء الرفيق بين اللحم والعظم ويقال لها المطاء بالمد والقصر ثم الموصضة وهي التي توضع العظم أي تكشفه ثم الهاشمة وهي التي تهشم العظم ثم المنقلة وهي التي يطير العظم منها ثم المأمومة وهي التي تصل أم الدماغ ثم الجائفة وهي التي تصل إلى الجوف وأسما هذه الشجاج مختصة بمواقع بالوجه منها والرأس دون سائر البدن واسم الجرح يختص بموقع في البدن فهذه أسما هذه الشجاج فأما أحكامها أعني الواجب فيها فاتفق العلماء على أن العقل واقع في عمد الموصضة ومادون الموصضة خطأ واتفقوا على أنه ليس فيها دون الموصضة خطأ عقل وإنما فيها حكومة قال بعضهم أجرة الطبيب الاماروي عن عمرو عثمان أنهما قضيا في السمحاق بنصف دية الموصضة وروى عن علي أنه قضى فيها بأربع من الابل وروى عن زيد بن ثابت أنه قال في الدامية بعير وفي الباضعة بعيران وفي المتلاحة ثلاثة أبقرة وفي السمحاق أربعة والجمهور من فقهاء الأمصار على ما ذكرنا وذلك أن الأصل في الجراح الحكومة الاما وقت فيه السنة حدا ومالك يعتبر في الزام الحكومة فيما دون الموصضة ان تبرأ على شين والغير من فقهاء الأمصار يلزم فيها الحكومة برئت على شين أو لم تبرأ فهذه هي أحكام مادون الموصضة فأما الموصضة فجميع الفقهاء على ان فيها اذا كانت خطأ خمس من الابل وثبت ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في كتابه لعمر بن حزم ومن حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في الموصضة خمس يعني من الابل واختلف العلماء في موضع الموصضة من الجسد بعد اتفاقهم على ما قلنا أعني على وجوب القصاص في العمد ووجوب الدية في الخطأ منها فقال مالك لا تكون الموصضة الا في جهة الرأس والجبهة والخدين واللحي الأعلى ولا تكون في اللحي الأسفل لأنه في حكم العنق ولا في الاثف وأما الشافعي وأبو حنيفة فلموصضة عندهما في جميع الوجه والرأس والجمهور على انها لا تكون في الجسد وقال الليث وطائفة تكون الموصضة في الجنب وقال الاوزاعي اذا كانت في الجسد كانت على النصف من ديتها في الوجه والرأس وروى عن عمر أنه قال في موصضة الجسد نصف عشر دية ذلك العضو وغلط بعض العلماء في موصضة الوجه تبرأ على شين فرأى فيها مثل نصف عقلها زائدا على عقلها وروى ذلك مالك عن سلمان بن يسار واضطرب قول مالك في ذلك مرة قال يقول سليمان بن يسار ومرة قال لايزاد فيها على عقلها شي وبه قال الجمهور وقد قيل عن مالك أنه قال اذا شانت الوجه كان فيها حكومة من غير توقيف ومعنى الحكومة عند مالك ما نقص من قيمته ان لو كان عبدا وأما الهاشمة ففيها عند الجمهور عشر الدية وروى ذلك عن زيد بن ثابت ولا يخالفه من الصحابة وقال بعض العلماء الهاشمة هي المنقلة وشذ وأما المنقلة فلا خلاف ان فيها عشر الدية ونصف العشر اذا كانت خطأ فأما اذا كانت عمد الجمهور العلماء على ان ليس فيها قود لمكان الخوف وحكى عن ابن الزبير أنه أقاد منها ومن المأمومة وأما الهاشمة في العمد فروى ابن القاسم عن مالك أنه ليس فيها قود ومن أجاز القود من المنقلة كان أخرى ان يميز ذلك من الهاشمة وأما المأمومة فلا خلاف انه لا يقاد منها وان فيها ثلث الدية الا ما حكي عن ابن الزبير وأما الجائفة فاتفقوا على انها من جراح الجسد لا من جراح الرأس وانها لا يقاد منها وان فيها ثلث الدية وانها جائفة متى وقعت في الظهر والبطن واختلفوا اذا وقعت في غير ذلك من الاعضاء فنفت

الى نجو يفه حكى مالك عن سعيد بن المسيب ان في كل جراحة نافذة الى نجو يف عضو من الاعضاء أى عضو كان ثلث دية ذلك العضو * وحكى ابن شهاب انه كان لا يرى ذلك وهو الذى اختاره مالك لأن القياس عنده في هذا الايسوغ وانما عنده في ذلك الاجتهاد من غير توقيف وأما سعيد فانه قاس ذلك على الجائفة على نحو ما روى عن عمر في موضحة الجسد وأما الجراحات التى تقع في سائر الجسد فليس في الخطأ منها الا الحكومة

✽ القول في ديات الأعضاء ✽

والأصل فيما فيه من الاعضاء اذا قطع خطأ مال محدود وهو الذى يسمى دية وكذلك من الجراحات والنفوس حديث عمرو بن حزم عن أبيه ان في الكتاب الذى كتبه رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمرو ابن حزم في العقول ان في النفس مائة من الابل وفي الاله اذا استوعب جدعاً مائة من الابل وفي المأومة ثلث الدية وفي الجائفة مثلها وفي العين خسون وفي اليد خسون وفي الرجل خسون وفي كل أصبع مما هنالك عشرين من الابل وفي السن والموضحة خمس وكل هذا يجمع عليه الا السن والابهام فانهم اختلفوا فيها على ما سنده ومنهما ما تفقوا عليه مما لم يذكرهنا قياساً على ما ذكر فنقول ان العلماء أجمعوا على ان في الشفتين الدية كاملة والجمهور على ان في كل واحدة منهما نصف الدية وروى عن قوم من التابعين ان في السفلى ثلثي الدية لأنها تحبس الطعام والشراب وبالجملة فان حركتها والمنفعة بها أعظم من حركة الشفة العليا وهو مذهب يزيد بن ثابت وبالجملة لجماعة العلماء وأئمة الفتوى متفقون على أن في كل زوج من الانسان الدية مالا للحاجبين وبني الرجل واختلفوا في الاذنين متى تكون فيهما الدية فقال الشافعي وأبو حنيفة والثوري والليث اذا اصطلتا كان فيهما الدية ولم يشترطوا ذهاب السمع بل جعلوا في ذهاب السمع الدية مفردة وأما مالك فالمشهور عنده انه لا تجب في الاذنين الدية الا اذا ذهب سمعها فان لم يذهب ففيه حكومة وروى عن أبي بكر أنه قضى في الاذنين بخمس عشرة من الابل وقال انهما لا يضران السمع ويسترهما الشعر والعمامة وروى عن عمرو بن دينار عن ابيهم قضا في الاذن اذا اصطلت نصف الدية وأما الجمهور من العلماء فلا خلاف عندهم ان في ذهاب السمع الدية وأما الحاجبان ففيهما عند مالك والشافعي حكومة وقال أبو حنيفة فيهما الدية وكذلك في اشقار العين وليس عند مالك في ذلك الا حكومة وعمدة الحنفية ما روى عن ابن مسعود أنه قال في كل اثنين من الانسان الدية وتشبيههما بما أجمعوا عليه من الاعضاء المثناة وعمدة مالك انه لا مجال فيه للقياس وانما طريقه التوقيف فمال يثبت من قبل السماع فيه دية فالأصل ان فيه حكومة وأيضاً فان الحواجب ليست أعضاء لها منفعة ولا فعل بل ان أعنى ضرورياً في الخلقة وأما الاجفان فقليل في كل جفن منها ربع الدية وبه قال الشافعي والكوفي لأنه لا بقاء للعين دون الاجفان وفي الجفنين الاسفلين عند غيرهما الثلث وفي الاعليين الثلثان وأجمعوا على ان من أصيب من أطرافه أكثر من دية ان له ذلك مثل ان تصاب عيناه وأنفه فله ديتان وأما الاثنيان فأجمعوا أيضاً على ان فيهما الدية وقال جميعهم ان في كل واحدة منهما نصف الدية الامر يروى عن سعيد بن المسيب أنه قال في البيضة اليسرى ثلث الدية لأن الولد يكون منها وفي اليمنى ثلث الدية فهذه مسائل الاعضاء المزدوجة وأما المفردة فان جمهورهم على ان في اللسان خطأ الدية وذلك مروى عن النبي

صلى الله عليه وسلم وذلك اذا قطع كله أو قطع منه ما منع الكلام فان لم يقطع منه ما منع الكلام ففيه حكومة واختلفوا في القصاص فيه عدا فنه من لم يرفقه قصاصا وأوجب الدية وهم مالك والشافعي والكوفي لكن الشافعي يرى الدية في مال الجاني والكوفي ومالك على العاقلة وقال الليث وغيره في اللسان عدا القصاص وأما الالف فأجمعوا على انه اذا أوعب جدها على ان فيه الدية على ما في الحديث وسواء عند مالك ذهب الشم أو لم يذهب وعنده أنه اذا ذهب أحدهما ففيه الدية وفي ذهب أحدهما بعد الآخر الدية الكاملة وأجمعوا على ان في الذكر الصحيح الذي يكون به الوطء الدية كاملة واختلفوا في ذكر العين واخصى كما اختلفوا في اسنان الأخرس وفي اليد الشلاء فنه من جعل فيها الدية ومنهم من جعل فيها حكومة ومنهم من قال في ذكر اخصى والعين ثلث الدية والذي عليه الجمهور ان فيه حكومة وأقل ما يجب فيه الدية عند مالك قطع الحشفة ثم في باقي الذكر حكومة وأما عين الأعور فله علماء فيه قولان أحدهما ان فيه الدية كاملة واليه ذهب مالك وجاعة من أهل المدينة وبه قال الليث وقضى به عمر بن عبد العزيز وهو قول ابن عمر وقال الشافعي وأبو حنيفة والثوري فيها نصف الدية كما في عين الصحيح وهو مروى عن جماعة من التابعين وعمدة الفريق الأول ان العين الواحدة للأعور بمنزلة العينين جميعا لغير الأعور وعمدة الفريق الثاني حديث عمرو بن حزم أعنى عموم قوله وفي العين نصف الدية وقياسا أيضا على إجماعهم أنه ليس على من قطع يد من له يد واحدة الانصف الدية فسبب اختلافهم في هذا معارضة العموم للقياس ومعارضة القياس للقياس ومن أحسن ما قيل فيمن ضرب عين رجل فأذهب بعض بصرها ماروى من ذلك عن علي رضي الله عنه أنه أمر بالذي أصيب بصره بان عصبت عينه الصحيحة وأعطى رجلا بيضة فأطلق بها وهو ينظر إليها حتى لم يبصرها فخط عند أول ذلك خطا في الأرض ثم أمر بعينه المصابة فعصبت وفتحت الصحيحة وأعطى رجلا البيضة بعينها فأطلق بها وهو ينظر إليها حتى خفيت عنه فخط أيضا عند أول ما خفيت عنه في الأرض خطا ثم علم ما بين الخطين من المسافة وعلم مقدار ذلك من منتهى رؤية العين الصحيحة فأعطاه قدر ذلك من الدية ويختبر صدقه في مسافة ادراك العين العليقة والصحيحة بان يختبر ذلك منه مراراشتي في مواضع مختلفة فان خرجت مسافة تلك المواضع التي ذكر واحدة علمنا انه صادق واختلف العلماء في الجناية على العين القائمة الشكل التي ذهب بصرها فقال مالك والشافعي وأبو حنيفة فيها حكومة وقال يزيد بن ثابت فيها عشر الدية مائة دينار وحل ذلك الشافعي على أنه كان ذلك من زيد تقوى بما لا نوقتا وروى عن عمر بن الخطاب وعبد الله بن عباس انهما قضيا في العين القائمة الشكل واليد الشلاء والسن السوداء في كل واحدة منها ثلث الدية وقال مالك تتم دية السن بأسودادها ثم في قلها بعد أسودادها دية واختلف العلماء في الأعور فقأ عين الصحيح عدا فقال الجمهور ان أحب فله القود وان عفا فله الدية قال قوم كاملة وقال قوم نصفها وبه قال الشافعي وابن القاسم وبكلا القولين قال مالك وبالدية كاملة قال الغيرة من أصحابه وابن دينار وقال الكوفيون ليس للصحيح الذي فقئت عينه إلا القود أما اصطلاحوا عليه وعمدة من رأى جميع الدية عليه اذا عفا عن القود أنه يجب عليه دية مترك له وهي العين العوراء وهي دية كائنة عند كثير من أهل العلم ومذهب عمر وعثمان وابن عمر ان عين الأعور اذا فقئت وجب فيها ألف دينار لانها في حقه في معنى العينين كتيهما لا العين

الواحدة فاذا تركها له وجبت عليه ديتها وعمدة أولئك البقاء على الاصل أعنى ان في العين الواحدة نصف الدية وعمدة أبي حنيفة أن العمد ليس فيه دية محدودة وهذه المسئلة قد ذكرت في باب القود في الجراح وقال جمهور العلماء وأئمة الفتوى مالك وأبو حنيفة والشافعي والثوري وغيرهم ان في كل أصبع عشرة من الابل وأن الاصابع في ذلك سواء وان في كل أملة ثلث العشر الامالة من الاصابع أملتان كالا بهام ففي أملتة خمس من الابل وعمدتهم في ذلك ما جاء في حديث عمرو بن حزم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال وفي كل أصبع مما هنالك عشر من الابل وخرج عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في الاصابع بعشر العشر وهو قول علي وابن مسعود وابن عباس وهي عندهم على أهل الورق بحسب ما يرى واحد واحد منهم في الدية من الورق فهي عند من يرى انها اثنا عشر ألف درهم عشرها وعند من يرى انها عشرة آلاف عشرها وروى عن السلف المتقدم اختلاف في عقل الاصابع فروى عن عمر بن الخطاب أنه قضى في الابهام والتي تليها بعقل نصف الدية وفي الوسطى بعشر خراف وفي التي تليها بتسع وفي الخنصر بست وروى عن مجاهد أنه قال في الابهام خمسة عشر من الابل وفي التي تليها عشر وفي الوسطى عشر وفي التي تليها ثمان وفي الخنصر سبع وأما الترقوة والضلع ففيهما عند جمهور فقهاء الأمصار حكومة وروى عن بعض السلف فيها توقيت وروى عن مالك أن عمر بن الخطاب قضى في الضرس بجمل والضلع بجمل وفي الترقوة بجمل وقال سعيد بن جبير في الترقوة بعيران وقال قتادة أربعة أبرة وعمدة فقهاء الأمصار ان ما لم يثبت فيه عن النبي صلى الله عليه وسلم توقيت فليس فيه الاحكومة وجمهور فقهاء الأمصار على أن في كل سن من أسنان الفم خمسا من الابل وبه قال ابن عباس وروى مالك عن عمر أنه قضى في الضرس بجمل وذلك فيما لم يكن مناهي مقدم الفم وأما التي في مقدم الفم فلا خلاف أن فيها خمسا من الابل وقال سعيد بن المسيب في الأضراس بعيران وروى عن مالك أن مروان بن الحكم اعترض في ذلك على ابن عباس فقال لا تجعل مقدم الاسنان مثل الأضراس فقال ابن عباس لولم يعتبر بذلك الا بالاصابع عقلها سواء عمدة الجمهور في ذلك مائتة عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال في السن خمس وذلك من حديث عمرو بن حزم عن أبيه عن جده واسم السن ينطلق على التي في مقدم الفم ومؤخره وتشبهها أيضا بالاصابع التي استوت ديتها وان اختلفت منافعها وعمدة من خالف بينهما أن الشرع يوجد فيه تفاضل الديات لتفاضل الأعضاء مع أنه يشبه أن يكون من صار إلى ذلك من الصدر الأول انما صار اليه عن توقيف وجب هذه الأعضاء التي تثبت الدية فيها خطأ فهي القود في قطع ما قطع وقلع ما قلع واختلفوا في كسر ما كسر منها مثل الساق والترأع هل فيه قود أم لا فذهب مالك وأصحابه إلى أن القود في كسر جميع العظام الا الفخذ والصلب وقال الشافعي والليث لا قصاص في عظم من العظام يكسر وبه قال أبو حنيفة لأنه استثنى السن وروى عن ابن عباس أنه لا قصاص في عظم وكذلك عن عمر قال أبو عمر بن عبد البر ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم أقاد في السن المكسورة من حديث أنس قال وقدر روى من حديث آخر أن النبي عليه الصلاة والسلام لم يقد من العظم المقطوع في غير المفصل الا أنه ليس بالقوى وروى عن مالك أن أبا بكر بن محمد بن عمرو بن حزم أقاد من كسر الفخذ وانفقوا على ان دية المرأة نصف دية الرجل في النفس واختلفوا في ديات الشجاج وأعضائها فقال جمهور فقهاء المدينة

تساوى المرأة الرجل في عقلها من الشجاع والاعضاء الى أن تبلغ ثلث الدية فإذا بلغت ثلث الدية عادت ديتها الى النصف من دية الرجل أعني دية أعضائها من أعضائه مثال ذلك ان في كل أصبع من أصابعها عشرة ا من الابل وفي اثنين منها عشرون وفي ثلاثة ثلاثون وفي أربعة عشرون وبه قال مالك وأصحابه والليث ابن سعد ورواه مالك عن سعيد بن المسيب وعن عروة بن الزبير وهو قول زيد بن ثابت ومذهب عمر ابن عبد العزيز وقالت طائفة بل دية جراحة المرأة مثل دية جراحة الرجل الى الموصحة ثم تكون ديتها على النصف من دية الرجل وهو الاشهر من قول ابن مسعود وهو مروى عن عثمان وبه قال شريح وجاعة وقال قوم بل دية المرأة في جراحها وأطرافها على النصف من دية الرجل في قليل ذلك وكثيره وهو قول علي رضي الله عنه وروى ذلك عن ابن مسعود الا ان الأشهر عنه هو ما ذكرناه أولاً وبهذا القول قال أبو حنيفة والشافعي والثوري وعمدة قائل هذا القول ان الأصل هو أن دية المرأة نصف دية الرجل فواجب التمسك بهذا الأصل حتى يأتي دليل من السماع الثابت اذ القياس في الديات لا يجوز وبخاصة لكون القول بالفرق بين القليل والكثير مخالفاً للقياس ولذلك قال ربيعة لسعيد ما بأتى ذكره عنه ولا اعتماد للطائفة الاولى الامر اسيل وماروى عن سعيد بن المسيب حين سأله ربيعة بن أبي عبد الرحمن كم في أر بع من أصابعها قال عشرون قلت حين عظم جرحها واشتدت بليتها تقص عقلها قال أعراقى أنت قلت بل عالم متثبت أو جاهل متعلم قال هي السنة وروى أيضاً عن النبي عليه الصلاة والسلام من مرسل عمرو بن شعيب عن أبيه وعكرمة وقلنا أى قوم أن قول الصحابي اذا خالف القياس وجب العمل به لأنه لم يترك القول به الا عن توقيف لكن في هذا ضعف اذا كان يمكن أن يترك القول به امالاً لأنه لا يرى القياس واما لأنه عارضه في ذلك قياس ثان أو قلدي ذلك غيره فهذه حالات ديات جراح الاسرار والجنائيات على أعضائها المذكور منهم والانات وأما جراح العبيد وقطع أعضائهم فان العلماء اختلفوا فيها على قولين فمنهم من رأى أن في جراحهم وقطع أعضائهم ما نقص من ثمن العبد ومنهم من رأى أن الواجب في ذلك من قيمته قدر ما في ذلك الجراح من دية فيكون في موصحته نصف عشر قيمته وفي عينه نصف قيمته وبه قال أبو حنيفة والشافعي وهو قول عمر وعلي وقال مالك يعتبر في ذلك كله ما نقص من ثمنه الا موصحته ومنقلته وما مومته ففيها من ثمنه قدر ما فيها في الحر من دية وعمدة الفريق الأول تشبيهه بالمرض وعمدة الفريق الثاني تشبيهه بالحراد هو مسلم ومكلف ولا خلاف بينهم أن دية الخطأ من هذه اذا جاوزت الثلث على العاقلة واختلف فيما دون ذلك فقال مالك وفقهاء المدينة السبعة وجاعة ان العاقلة لا تحمّل من ذلك الا الثلث فزاد وقال أبو حنيفة تحمّل من ذلك العشر فافوقه من الدية الكاملة وقال الثوري وابن شبرمة الموصحة فزاد على العاقلة وقال الشافعي وعثمان البتي تحمّل العاقلة القليل والكثير من دية الخطأ وعمدة الشافعي هي ان الأصل هو أن العاقلة هي التي تحمّل دية الخطأ فمن خصص من ذلك شيئاً فعليه الدليل ولا عمدة للفريق المتقدم الا أن ذلك معمول به ومشتهور وهذا نقض هذا الكتاب والجليلة حق جده

بسم الله الرحمن الرحيم صلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً

كتاب القسامة

اختلف العلماء في القسامة في أربعة مواضع تجرى مجرى الأصول لفروع هذا الباب (المسئلة الأولى) هل يجب الحكم بالقسامة أم لا الثانية إذا قلنا بوجوبها هل يجب بها الدم أو الدية أو دفع مجرد الدعوى المسئلة الثالثة هل يبدأ بالإيمان فيها المدعون أو المدعى عليهم وكما عند الخالفين من الأولياء المسئلة الرابعة فيما يدلون بها يجب به أن يبدأ المدعون بالإيمان (المسئلة الأولى) أما وجوب الحكم بها على الجملة فقال به جمهور فقهاء الامصار مالك والشافعي وأبو حنيفة وأحد وسفيان وداود وأصحابهم وغير ذلك من فقهاء الامصار وقالت طائفة من العلماء سالم بن عبد الله وأبو قلابه وعمر بن عبد العزيز وابن عليه لا يجوز الحكم بها عمدة الجهور ما ثبت عنه عليه الصلاة والسلام من حديث حويصة ومحيصة وهو حديث متفق على صحته من أهل الحديث إلا أنهم يختلفون في ألفاظه على ماسيا في بعد وعمدة الفريق الثاني لوجوب الحكم بها أن القسامة مخالفة لأصول الشرع المجمع على صحتها فمنها أن الأصل في الشرع أن لا يحلف أحد الاعلى ما علم قطعا أو شاهد حسا وإذا كان ذلك كذلك فكيف يقسم أولياء الدم وهم لم يشاهدوا القتل بل قد يكونون في بلد والقتل في بلد آخر ولذلك روى البخارى عن أبي قلابه أن عمر بن عبد العزيز أجاز مرسومه يوم الناس ثم أذن لهم فدخلوا عليه فقال مات قولون في القسامة فاضب القوم وقالوا نقول ان القسامة القود بها حق قد أقاد بها الخلفاء فقال مات قول بأبى قلابه ونصبتى للناس فقلت يا أبا المؤمنين عندك اشراف العرب ورؤساء الاجناد رأيت لو أن خسين رجلا شهدوا على رجل أنه زنى بدمشق ولم يروه أ كنت ترجه قال لا قلت أفرأيت لو أن خسين رجلا شهدوا عندك على رجل أنه سرق بجمص ولم يروه أ كنت تقطعه قال لا وفي بعض الروايات قلت فيما لهم إذا شهدوا أنه قتله بأرض كذا وهم عندك أقدت بشهادتهم قال فكتب عمر بن عبد العزيز في القسامة انهم ان أقاموا شاهدى عدل ان فلا ناقتله فأقده ولا يقتل بشهادة الخسين الذين أقسموا قالوا ومنها ان من الأصول ان الإيمان ليس لها تأثير في اشاطة السماء ومنها ان من الأصول أن البينة على من ادعى واليمين على من أنكر ومن حجتهم أنهم يروا في تلك الاحاديث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حكم بالقسامة وانما كانت حكما جاهليا فتلطف لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ليريهم كيف لا يلزم الحكم بها على أصول الاسلام ولذلك قال لهم أن يحلفون خمسين يمينا أعنى لولاة الدم وهم الانصار قالوا كيف يحلف ولم نشاهد قال فيحلف لكم اليهود قالوا كيف تقبل يايمان قوم كفار قالوا فلو كانت السنة أن يحلفوا وان لم يشهدوا لقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم هي السنة قال وإذا كانت هذه الآثار غير نص في القضاء بالقسامة والتأويل بطرق اليها فصر فيها بالتأويل الى الأصول أولى وأما القاتلون بها وبخاصة مالك فرأى ان سنة القسامة سنة منفردة بنفسها مخصصة للأصول كسائر السنن المخصصة وزعم ان العلة في ذلك حوطة السماء وذلك ان القتل لما كان يكثر وكان يقل قيام الشهادة عليه لكون القاتل انما يتحرى بالقتل مواضع الخلوات جعلت هذه السنة حفظا للدماء لكن هذه العلة تدخل عليه في قطاع الطريق والسراق وذلك ان السارق تعسر الشهادة عليه وكذلك قاطع الطريق فلهذا أجاز مالك شهادة المساوين على السالين مع مخالفة ذلك للأصول وذلك ان المساوين مدعون على سلبهم والله أعلم (المسئلة الثانية) اختلف العلماء القاتلون بالقسامة فيما يجب بها فقال مالك وأحمد يستحق بها الدم في العمد والدية في الخطأ وقال الشافعي

والثوري وجاعة تستحق بها الدية فقط وقال بعض الكوفيين لا يستحق بها الادفع الدعوى على الاصل
 في ان المؤمنين انما تجب على المدعى عليه وقال بعضهم بل يحلف المدعى عليه ويغرم الدية فعلى هذا
 انما يستحق منه ادفع القود فقط فيكون فيما يستحق المقسمون أربعة أقوال فعمدة مالك ومن قال بقوله
 مارواه من حديث ابن أبي ليلى عن سهل بن أبي حقة وفيه فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم تحلفون
 وتستحقون دم صاحبكم وكذلك مارواه من مرسل بشير بن بشار وفيه فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم
 عليه وسلم تحلفون خسين يمينا وتستحقون دم صاحبكم أو قاتلكم وأما عمدة من أوجب بها الدية فقط
 فهو ان الايمان بوجودها تأثير في استحقاق الاموال أعنى في الشرع مثل ما ثبت من الحكم في الاموال
 بالمؤمن والشاهد ومثل ما يجب المال بنكول المدعى عليه أو بالنكول وقلها على المدعى عند من يقول
 بقلب المؤمنين مع النكول مع ان حديث مالك عن ابن أبي ليلى ضعيف لأنه رجل مجهول لم يرو عنه
 غير مالك وقيل فيه أيضا انه لم يسمع من سهل وحديث بشير بن بشار قد اختلف في اسناده فأرسله مالك
 واسنده غيره قال القاضي يشبه ان تكون هذه العلة هي السبب في ان لم يخرج البخاري هذين الحديثين
 واعتضد عندهم القياس في ذلك بما روى عن عمر رضي الله عنه أنه قال لا قود بالتسامة ولكن يستحق بها
 الدية وأما الذين قالوا انما يستحق بهادفع الدعوى فقط فعمدتهم ان الاصل هو أن الايمان على المدعى
 عليه والأحاديث التي تذكرها فيما بعد ان شاء الله (المسئلة الثالثة) واختلف القائلون بالتسامة
 أعنى الذين قالوا انها يستوجب بهامال أو دم فعين يبدأ بالايمان الخسين على ماورد في الآثار فقال الشافعي
 وأحمد وداود بن علي وغيرهم يبدأ المدعون وقال فقهاء الكوفة والبصرة وكثير من أهل المدينة بل يبدأ
 المدعى عليهم بالايمان وعمدة من بدأ بالمدعين حديث مالك عن ابن أبي ليلى عن سهل بن أبي حقة
 ومرسله عن بشير بن يسار وعمدة من رأى التبدئة بالمدعى عليهم ماخرجه البخاري عن سعيد بن عبيد
 الطائي عن بشير بن يسار أن رجلا من الانصار يقال له سهل بن حقة وفيه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم
 تأتون بالبينة على من قتله قالوا ما لنا بينة قال فيحلفون لكم قالوا ما نرضى بأيمان يهود وكره رسول
 الله صلى الله عليه وسلم أن يطل دمه فوداه بمائة بعير من ابل الصدقة قال القاضي وهذا نص في انه
 لا يستوجب بالايمان الخسين الادفع الدعوى فقط واحتجوا أيضا بماخرجه أبو داود أيضا عن أبي ساعدة
 ابن أبي عبد الرحمن وسليمان بن يسار عن رجال من كبراء الانصار أن رسول الله صلى الله عليه وسلم
 قال لليهود وبدأ بهم أمحلف منكم خسون رجلا خسين يمينا فأبوا فقال للانصار احلفوا فقالوا أمحلف
 على القيب يا رسول الله فجعلهم رسول الله صلى الله عليه وسلم دية على يهود لأنه وجد بين أظهرهم وهذا
 تمسك من جعل المؤمنين في حق المدعى عليهم وألزمهم الغرم مع ذلك وهو حديث صحيح الاسناد لأنه رواه
 الثقات عن الزهري عن أبي سلمة وروى الكوفيون ذلك عن عمر أعنى انه قضى على المدعى عليهم
 بالمؤمن والدية وخرج مثلها أيضا من تبدة اليهود بالايمان عن رافع بن خديج واحتج هؤلاء القوم
 على مالك بما روى عن ابن شهاب الزهري عن سليمان بن يسار وعراك بن مالك ان عمر بن الخطاب
 قال للجهمي الذي ادعى دم وليه على رجل من بني سعد وكان أجرى فرسه فطوى على أصبع الجهمي فمزى فيها
 فأت فقال عمر للذي ادعى عليهم أمحلفون بالله خسين يمينا مامات منها فأبوا أن يحلفوا وتخرجوا

فقال للمدعين احلفوا فأبوا ففضى عليهم بشرط الدية قالوا وأحد ينأهذه أولى من التي روى فيها تبدئة المدعين بالإيمان لأن الأصل شاهد لأحاديثنا من أن اليمين على المدعى عليه قال أبو عمر والأحاديث المتعارضة في ذلك مشهورة (المسئلة الرابعة) وهي موجب القسامة عند القاتلين بها أجمع جمهور العلماء القائلون بها أنها لا تجب إلا بشبهة واختلّفوا في الشبهة ماهي فقال الشافعي إذا كانت الشبهة في معنى الشبهة التي قضى بها رسول الله صلى الله عليه وسلم بالقسامة وهو أن يوجد قتيل في محلة قوم لا يحاط بهم غيرهم وبين أولئك القوم وبين قوم المقتول عداوة كما كانت العداوة بين الانصار واليهود وكانت خير دار اليهود غنمة بهم ووجد فيها القاتل من الانصار قال وكذلك لو وجد في ناحية قتيل والى جانبه رجل محتضب بالدم وكذلك لو دخل على نفر بيت فوجد بينهم قتيل وما أشبه هذه الشبهة مما يغلب على ظن الحكم ان المدعى على لقيام تلك الشبهة وقال مالك بنحو من هذا أن القسامة لا تجب إلا بالوث والشاهد الواحد عنده إذا كان عدلا لوث باتفاق عند أصحابه واختلّفوا إذا لم يكن عدلا وكذلك وافق الشافعي في قرينة الحال المخيلة مثل أن يوجد قتيل متشعبا بدمه وبقربه إنسان بيده حديدة مدماة إلا أن مالك يرى أن وجود القاتل في المحلة ليس لوثا وإن كانت هناك عداوة بين القوم الذين منهم القاتل وبين أهل المحلة وإذا كان ذلك كذلك لم يبق ههنا شيء يجب أن يكون أصلا لا اشتراط اللوث في وجوبها ولذلك لم يقل بها قوم وقال أبو حنيفة وصاحبه إذا وجد قتيل في محلة قوم وبه أثر وجبت القسامة على أهل المحلة ومن أهل العلم من أوجب القسامة بنفس وجود القاتل في المحلة دون سائر الشرائط التي اشترط الشافعي ودون وجود الأثر بالقتيل الذي اشترطه أبو حنيفة وهو مروي عن عمر وعلي وابن مسعود وقال به الزهري وجاعة من التابعين وهو مذهب ابن حزم قال القسامة تجب متى وجد قتيل لا يعرف من قتله أينما وجد فادعى وفاة الدم على رجل وحلف منهم خسون رجلا خسين يميناً فإن هم حلفوا جلى العمد فالقود وإن حلفوا على الخطأ فالدية وليس يحلف عنده أقل من خسين رجلا وعند مالك رجلا ن فصاعدا من أولئك وقال داود لا أقضي بالقسامة إلا في مثل السبب الذي قضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم وانفرد مالك والليث من بين فقهاء الأمصار القائلين بالقسامة فجعلوا قول المقتول فلان قتلني لوثا يوجب القسامة وكل قال بما غلب على ظنه أنه شبهة يوجب القسامة ولكن الشبهة رأى تبدئة المدعين بالإيمان من رأى ذلك منهم فإن الشبهة عند مالك تنقل اليمين من المدعى عليه إلى المدعى أذ سبب تعليق الشرع عنده اليمين بالمدعى عليه إنما هو لقوة شبهته فيما ينفيه عن نفسه وكأنه شبه ذلك باليمين مع الشاهد في الاموال وأما القول بأن نفس الدعوى شبهة فضيف ومفارق للأصول والنص لقوله عليه الصلاة والسلام لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأمواهم ولكن اليمين على المدعى عليه وهو حديث ثابت من حديث ابن عباس وخرجه مسلم في صحيحه وما احتج به المالكية من قصة بقرة بني اسرائيل فضعيف لأن التصديق هناك أسند إلى الفعل الخارج للعادة واختلف الذين أوجبوا القود بالقسامة هل يقتل بها أكثر من واحد فقال مالك لا تكون الزسامة إلا على واحد وبه قال أحمد ابن حنبل وقال أشهب يقسم على الجماعة ويقتل منها واحد يعينه الأولياء وهو ضعيف وقال المغيرة المخزومي كل من أقسم عليه قتل وقال مالك والليث إذا شهد اثنان عدلان ان انسا ناضرب آخر وبقي

المضروب أي ما بعد الضرب ثم مات أقسم أولياء المضروب انه مات من ذلك الضرب وقيده وهذا كله ضعيف واختلفوا في القسامة في العبد فبعض أثبتها وبه قال أبو حنيفة تشبها بالحر وبعض نقاها تشبها بالهبة وبها قال مالك والدية عندهم فيها في مال القاتل ولا يحلف فيها أقل من خمسين رجلا خمسين يمينا عند مالك ولا يحلف عنده أقل من اثنين في الدم ويحلف الواحد في الخطأ وإن نكل عند أحد من ولاية الدم بطل القود وصحت الدية في حق من لم ينكل أعنى حفظه منها وقال الزهري إن نكل منهم أحد بطلت الدية في حق الجميع وفروع هذا الباب كثيرة قال القاضي والقول في القسامة هو داخل فيما ثبت به السماء وهو في الحقيقة جزء من كتاب الاقضية ولكن ذكرناه هنا على عادتهم وذلك انه اذا ورد قضاء خاص بجنس من أجناس الامور الشرعية رأوا ان الاولى ان يذكر في ذلك الجنس وأما القضاء الذي يعم أكثر من جنس واحد من أجناس الاشياء التي يقع فيها القضاء فيذكر في كتاب الاقضية وقد تجدهم يفعلون الأمرين جميعا كما فعل مالك في الموطن فانه ساق فيه الاقضية من كل كتاب

بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله ومحبه وسلم تسليما

كتاب في أحكام الزنا

والنظر في أصول هذا الكتاب في حد الزنا وفي أصناف الزناة وفي العقوبات لكل صنف صنف منهم وفيما ثبت به هذه الفاحشة

الباب الأول

فأما الزنا فهو كل وطء وقع على غير نكاح صحيح ولا شبهة نكاح ولا ملك يمين وهذا متفق عليه بالجملة من علماء الاسلام وإن كانوا اختلفوا فيها هو شبهة تدرك الحدود بماليس بشبهة دائرة وفي ذلك مسائل نذكر منها أشهرها فمنها الامة يقع عليها الرجل وله فيها شرك فقال مالك يدرأ عنه الحد وإن ولدت ألحق الولد به وقومت عليه وبه قال أبو حنيفة وقال بعضهم يعزر وقال أبو ثور عليه الحد كاملا اذا علم الحرمة وحجة الجماعة قوله عليه الصلاة والسلام ادرؤا الحدود بالشبهات والذين درؤا الحدود اختلفوا هل يلزمه من صدق المثل بقدر نصيبه أم لا يلزم وسبب الخلاف هل ذلك الذي يملك منها يغلب حكمه على الجزء الذي لا يملك أم حكم الذي لا يملك يغلب على حكم الذي يملك فإن حكم ممالك الحلية وحكم مالم يملك الحرمة ومنها اختلافهم في الرجل المجاهد يطأ جارية من المغنم فقال قوم عليه الحد ودرأ قوم عنه الحد وهو أشبه والسبب في هذه وفي التي قبلها واحد والله أعلم ومنها أن يحل رجل لرجل وطء خادمه فقال مالك يدرأ عنه الحد وقال غيره يعزر وقال بعض الناس بل هي هبة مقبوضة والرقبة تابعة للفرج ومنها الرجل يقع على جارية بانه أو ابنته فقال الجمهور لاحد عليه لقوله عليه الصلاة والسلام لرجل خاطبه أنت ومالك لأبيك ولقوله عليه الصلاة والسلام لا تقادوا بالولد ولا جاعهم على أنه لا يقطع فيما سرق من مال ولده ولذلك قالوا تقوم عليه حملت أم لم تحمل لانها قد حرمت على ابنه فكانه استهلكها ومن الحجة لهم أيضا اجتماعهم على أن الأب لو قتل ابن ابنه لم يكن للابن أن يقتص من أبيه وكذلك كل من كان الابن له وليا ومنها الرجل يطأ جارية زوجته اختلف العلماء فيه على أربعة أقوال فقال مالك والجمهور عليه الحد كاملا وقالت طائفة ليس عليه الحد وتقوم عليه فيغرمها زوجته إن كانت طارعة وإن كان استكرهها تقوم

عليه وهي حرة وبه قال أجدد واسحق وهو قول ابن مسعود والأول قول عمر ورواه مالك في الموطأ عنه وقال قوم عليه مائة جلدة سواء كان محصناً أو ثيباً وقال قوم عليه التعزير فعمدة من أوجب عليه الحد أنه وطئ دون ملك تام ولا شركة ملك ولا نكاح فوجب الحد وعمدة من درأ الحد ما ثبت أن رسول الله عليه الصلاة والسلام قضى في رجل وطئ جارية امرأته أنه إن كان استكرهها فهي حرة وعليه مثلها السيدتها وإن كانت طاوغة فهي له وعليه لسيدتها مثلها وأيضاً فإن له شبهة في مالها بدليل قوله عليه الصلاة والسلام تنكح المرأة ثلاثاً فذكر مالها ويقوى هذا المعنى على أصل من يرى أن المرأة محجور عليها من زوجها فيما فوق الثلث أو في الثلث فما فوقه وهو مذهب مالك ومنها ما يراه أبو حنيفة من درء الحد عن وطئ المستأجرة والجمهور على خلاف ذلك وقوله في ذلك ضعيف ومرغوب عنه وكأنه رأى أن هذه المنفعة أشبهت سائر المنافع التي استأجرها عليها فدخلت الشبهة وأشبه نكاح المتعة ومنها درء الحد بحسن امتنع اختلاف فيه أيضاً وبالجملة فالأنكحة الفاسدة داخلية في هذا الباب وأكثرها عند مالك تدراً الحد إلا ما أنعم منها على شخص مؤبد التعزيم بالقرابة مثل الأم وما أشبه ذلك مما لا يعنر فيه بالجهل

﴿ الباب الثاني ﴾

والزناة الذين تختلف العقوبة باختلافهم أربعة أصناف محصنون ثيب وابتكار وأحرار وعبيد ذكور وإناث والحدود الإسلامية ثلاثة رجم وجلد وتغريب فأما الثيب الأسرار المحصنون فإن المسلمين أجمعوا على أن حدهم الرجم لا فرقة من أهل الأهواء فاتهمرأوا أن حد كل زان الجلد وأنما صار الجمهور للرجم لثبوت أحاديث الرجم فخصوا الكتاب بالسنة أعنى قوله تعالى (الزانية والزاني) واختلفوا في موضعين أحدهما هل يجلدون مع الرجم أم لا والموضع الثاني في شروط الإحصان (أما المسئلة الأولى) فإن العلماء اختلفوا هل يجلد من وجب عليه الرجم قبل الرجم أم لا فقال الجمهور لا يجلد على من وجب عليه الرجم وقال الحسن البصري واسحق وأحمد وداود الزاني المحصن يجلد ثم يرمي عمدة الجمهور أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رجم ماعزاً ورجم امرأة من جهينة ورجم يهوديين وامرأة من عامر من الأزدي كل ذلك مخرج في الصحاح ولم يرو أنه جلدوا أحداً منهم ومن جهة المعنى أن الحد الأصغر ينطوى في الحد الأكبر وذلك أن الحد أنما وضع للزجر فلا تأثير للزجر بالضرب مع الرجم وعمدة الفريق الثاني عموم قوله تعالى (الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة) فلم يخص محصن من غير محصن واحتجوا أيضاً بحديث علي رضي الله عنه خرج مسلم وغيره أن علياً رضي الله عنه جلد امرأة الهمدانية يوم الخميس ورجمها يوم الجمعة وقال جلدتها بكاتب الله ورجمها بسنة رسوله وحديث عبادة بن الصامت وفيه أن النبي عليه الصلاة والسلام قال خذوا عني فبجعل الله لمن سبيل البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام والثيب بالثيب جلد مائة والرجم بالحجارة وأما الإحصان فاتهم اتفاقوا على أنه من شرط الرجم واختلفوا في شروطه فقال مالك البلوغ والاسلام والحرية والوطء في عقد صحيح وحالة جاز فيها الوطء والوطء المحظور هو عنده الوطء في الحيض أو في الصيام فإذا زنى بعد الوطء الذي هو بهذه الصفة وهو بهذه الصفات لحده عنده الرجم ووافق أبو حنيفة مالكاً في هذه الشروط إلا في الوطء المحظور واشترط في الحرية أن تكون من الطرفين أعنى أن يكون الزاني والزانية حراً ولم يشترط الاسلام الشافعي وعمدة الشافعي

مارواه مالك عن نافع عن ابن عمر وهو حديث متفق عليه أن النبي صلى الله عليه وسلم رجم اليهودية واليهودية الذين زنيا اذ رفع اليه أمرهما اليهود والله تعالى يقول (وان حكمت فاحكم بينهم بالقسط) وعمدة مالك من طريق المعنى ان الاحسان عنده فضيلة ولافضيلة مع عدم الاسلام وهذا امناه على أن الوطء في نكاح صحيح هو مندوب اليه فهذا هو حكم الثيب وأما الابكار فان المسلمين أجعوا على أن حد البكر في الزنا جلدة مائة لقوله تعالى (الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة) واختلفوا في التغريب مع الجلد فقال أبو حنيفة وأصحابه لا تغريب أصلا وقال الشافعي لا بد من التغريب مع الجلد لكل زان ذكر أو أنثى حرا كان أو عبدا وقال مالك يغرب الرجل ولا تغرب المرأة وبه قال الاوزاعي ولا تغرب عند مالك على العبيد فعمدة من أوجب التغريب على الاطلاق حديث عبادة بن الصامت المتقدم وفيه البكر بالبكر جلدة مائة وتغريب عام وكذلك ماخرج أهل الصحاح عن أبي هريرة وزيد بن خالد الجهني أنهما قالا ان رجلا من الاعراب أتى النبي عليه الصلاة والسلام قال يا رسول الله أنشدك الله الا قضيت لي بكاتب الله فقال الخصم وهو أقره منه نعم أقض بيننا بكاتب الله وأذن لي أن أنسكهم فقال له النبي قل قال ان ابني كان عسيقا على هذا فزني بامرأته واتى أخبرت أن على ابني الرجم فافتديته بمائة شاة ووليدة فسألت أهل العلم فأخبروني أنما على ابني جلدة مائة وتغريب عام وان على امرأته هذا الرجم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم والذي نفسي بيده لا قضين بينكما بكاتب الله أما الوليدة والغنم فرد عليك وعلى ابنتك جلدة مائة وتغريب عام واغديا نيس على امرأته هذا فان اعترفت فارجمها ففدا عليها أنيس فأعترفت فأمر النبي عليه الصلاة والسلام بها فرجت ومن خصص المرأة من هذا العموم قائما خصصه بالقياس لأنه رأى أن المرأة تعرض بالقرعة لأكثر من الزنا وهذا من القياس المرسل أعنى المصلحة الذي كثيرا ما يقول به مالك وأما عمدة الحنفية فظاهر الكتاب وهو مبني على رأيهم أن الزيادة على النص نسخ وأنه ليس ينسخ الكتاب باخبار الأحاد ورووا عن عمرو وغيره أنه حد ولم يغرب وروى الكوفيون عن أبي بكر وعمر أنهم غربوا وأما حكم العبيد في هذه الفاحشة فان العبيد صنفان ذكور وإناث أما الإناث فان العلماء أجعوا على أن الأمة اذا تزوجت وزنت ان حدها خسون جلدة لقوله تعالى (فاذا أحسن فان أثبتن بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب) واختلفوا اذا لم تزوج فقال جمهور فقهاء الأمصار حدها خسون جلدة وقالت طائفة لاحد عليها وانما عليها تعزير فقط وروى ذلك عن عمر بن الخطاب وقال قوم لاحد على الأمة أصلا والسبب في اختلافهم الاشتراك الذي في اسم الاحسان في قوله تعالى (فاذا أحسن) فمن فهم من الاحسان التزوج وقال بدليل الخطاب قال لا تجلد الغير المتزوجة ومن فهم من الاحسان الاسلام جعله عام في المتزوجة وغيرها واحتج من لم ير على غير المتزوجة حدا بحديث أبي هريرة وزيد بن خالد الجهني أن النبي عليه السلام سئل عن الأمة اذا زنت ولم تحصن فقال ان زنت فاجلدوها ثم ان زنت فاجلدوها ثم بيعوها ولو بصفير وأما الحد من العبيد فقهاء الأمصار على أن حد العبد نصف حد الحر قياسا على الأمة وقال أهل الظاهر بل حده مائة جلدة مصيرا الى عموم قوله تعالى (فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة) ولم يخص حرا من عبد ومن الناس من درأ الحد عنه قياسا على

الإمامة وهو شاذ وروى عن ابن عباس فهذا هو القول في أصناف الحدود وأصناف المحذوفين والشرائط الموجبة للحد في واحد أو أحدهم ويتعلق بهذا القول في كيفية الحدود وفي وقتها فأما كيفيتها فن مشهور المسائل الواقعة في هذا الجنس اختلافهم في الحفر للرجوم فقالت طائفة يحفرله وروى ذلك عن علي في شراحة الهمدانية حين أمر برجمها وبه قال أبو ثور وفيه فلما كان يوم الجمعة أخرجها خفر لها حفرة فأدخلت فيها وأحرق الناس بها رمونها فقال ليس هكذا الرجم أنى أخاف أن يصيب بعضكم بعضا ولكن صفوا كما تصفون في الصلاة ثم قال الرجم رجم سر ورجم علانية فما كان منه باقرار فأول من رجم الإمام ثم الناس وما كان بينة فأول من رجم البينة ثم الإمام ثم الناس وقال مالك وأبو حنيفة لا يحفر للرجوم وغير في ذلك الشافعي وقيل عنه يحفر للرأفة فقط وعمدتهم ما تخرج البخاري ومسلم من حديث جابر قال جابر فرجناه بالمصلى فلما أذلقته الحجارة فرّ فادركاه بالحرّة فرغضناه وقد روى مسلم أنه حفله في اليوم الرابع حفرة وبالجملة فالأحاديث في ذلك مختلفة قال أحمد كثر الأحاديث على أن لا يحفر وقال مالك يضرب في الحدود الظهر وما يقاربه وقال أبو حنيفة والشافعي يضرب ساثر الأعضاء ويتقى الفرج والوجه وزاد أبو حنيفة الرأس ومجرد الرجل عندما لك في ضرب الحدود كلها وعند الشافعي وأبي حنيفة ماعدا القذف على ماسياى بعد ويضرب عند الجمهور قاعدا ولا يقام قائما خلافا لمن قال أنه يقام لظاهر الآية ويستحب عند الجميع أن يحضر الإمام عند إقامة الحدود طائفة من الناس لقوله تعالى (وليشهد عندهم طائفة من المؤمنين) واختلفوا فيما يبدل عليه اسم الطائفة فقال مالك أربعة وقيل ثلاثة وقيل اثنان وقيل سبعة وقيل مافوقها وأما الوقت فإن الجمهور على أنه لا يقام في الحر الشديد ولا في البرد ولا يقام على المريض وقال قوم يقام وبه قال أحمد واسحق واحتج بحديث عمر أنه أقام الحد على قدامة وهو مريض وسبب الخلاف معارضة الظواهر للمفهوم من الحد وهو أن يقام حيث لا يغلب على ظن المقيم له فوات نفس المحمود فمن نظر إلى الأمر بأقامة الحد ومطلقا من غير استثناء قال يحد المريض ومن نظر إلى المفهوم من الحد قال لا يحد المريض حتى يبرأ وكذلك الأمر في شدة الحر والبرد

باب الثالث وهو معرفة ما ثبت به هذه الفاحشة

وأجمع العلماء على أن الزنا ثبت بالأقرار والشهادة واختلفوا في ثبوته بظهور الجلى في النساء الغير المزوجات إذا ادعين الاستكراه وكذلك اختلفوا في شروط الأقرار وشروط الشهادة فأما الأقرار فاتهم اختلفوا فيه في موضعين أحدهما عدم مرات الأقرار الذي يلزم به الحد والموضع الثاني هل من شرطه أن لا يرجع عن الأقرار حتى يقام عليه الحد أماعدا الأقرار الذي يجب به الحد فإن مالكا والشافعي يقولان يكفي في وجوب الحد عليه اعترافه به مرة واحدة وبه قال داود وأبو ثور والطبري وجاعة وقال أبو حنيفة وأصحابه وإن أبى ليلى لا يجب الحد إلا بأقرار أربعة مرة بعد مرة وبه قال أحمد واسحق وزاد أبو حنيفة وأصحابه في مجالس متفرقة وعمدة مالك والشافعي ملجاء في حديث أبي هريرة وزيد بن خالد من قوله عليه الصلاة والسلام اغد يا أييس على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها فاعترفت فرجها ولم يذكروا عدد وعمدة الكوفيين ماورد من حديث سعيد بن جبير عن ابن عباس عن النبي عليه السلام أنه رد ما عزا حتى أقر أربع مرات ثم أمر برجمه وفي غيره من الأحاديث قالوا وماورد في بعض الروايات أنه أقر مرة ومرة

وثلاثا تقصير ومن قصر فليس بحجة على من حفظ (وأما المسئلة الثانية) وهي من اعترف بالزنا ثم رجع فقال جمهور العلماء يقبل رجوعه الا ابن أبي ليلى وعثمان بن عيسى وفصل مالك فقال ان رجع الى شبهة قبل رجوعه وأما ان رجع الى غير شبهة فعنه في ذلك روايتان احدهما يقبل وهي الرواية المشهورة والثانية لا يقبل رجوعه وانما صار الجمهور الى تأثير الرجوع في الاقرار لما ثبت من تقريره صلى الله عليه وسلم ما عز او غيره مرة بعد مرة لعله يرجع ولذلك لا يجب على من أوجب سقوط الحد بالرجوع أن يكون التماضي على الاقرار شرطا من شروط الحد وقروى من طريق ان ما عزا المارجم ومسته الحجارة هرب فاتبعوه فقال لهم ردوني الى رسول الله عليه الصلاة والسلام فقتلوه رجاء وذكرنا ذلك للنبي عليه الصلاة والسلام فقال هلا تركوه لعله يتوب فيتوب الله عليه ومن هنا تعلق الشافعي بأن التوبة تسقط الحدود والجمهور على خلافه وعلى هذا يكون عدم التوبة شرطا ثالثا في وجوب الحد وأما ثبوت الزنا بالشهود فان العلماء اتفقوا على أنه يثبت الزنا بالشهود وان العدد المسترط في الشهود أربعة بخلاف سائر الحقوق لقوله تعالى (ثم لم يأتوا بأربعة شهداء) وان من صفتهم أن يكونوا عدولا وان من شرط هذه الشهادة أن تكون بمعاينة فرجه في فرجها وأنها تكون بالتصريح لا بالكأبة وجهورهم على ان من شرط هذه الشهادة أن لا تختلف لافي زمان ولا في مكان الا ما حكى عن أبي حنيفة من مسألة الزنا بالشهود وهو أن يشهد كل واحد من الأربعة انه رأى في ركن من البيت يطأها غير الركن الذي رآه فيه الآخر وسبب الخلاف هل تعلق الشهادة المختلفة بالمكان أم لا تعلق كالشهادة المختلفة بالزمان فانهم أجمعوا على انها لا تلتحق والمكان أشبه شيء بالزمان والظاهر من الشرع قصده الى التوثق في ثبوت هذا الحد أكثر منه في سائر الحدود وأما اختلافهم في اقامة الحدود بظهور الرجل مع دعوى الاستكراه فان طائفة أوجبته فيه الحد على ما ذكره مالك في الموطأ من حديث عمر وبعده قال مالك الآن تكون جاءت بمارة على استكراهها مثل أن تكون بكرا فتأتى وهي تدمى وتفضح نفسها بأثر الاستكراه وكذلك عنده الأمر اذا ادعت الزوجة الآن تقيم البينة على ذلك مع اعدا الطارئة فان ابن القاسم قال اذا ادعت الزوجة وكانت طارئة قبل قولها وقال أبو حنيفة والشافعي لا يقيم عليها الحد بظهور الرجل مع دعوى الاستكراه وكذلك مع دعوى الزوجة وان لم تأت في دعوى الاستكراه بمارة ولا في دعوى الزوجة ببينة لأنها بمنزلة من أقر ثم ادعى الاستكراه ومن الحجة لهم ما جاء في حديث شراحة أن عليا رضى الله عنه قال لها استكرهت قالت لا قال ففعل رجلا أتاك في نومك قالوا وروى الاثبات عن عمر أنه قبل قول امرأة ادعت أنها ثقيلة النوم وأن رجلا طرףها فغضى عنها ولم تدر من هو بعد ولا خلاف بين أهل الاسلام ان المستكرهه لاحد عليها وانما اختلفوا في وجوب الصداق لها وسبب الخلاف هل الصداق عوض عن البضع أو هو محالة فمن قال عوض عن البضع أوجب في الحلية والحرمية ومن قال انه محالة خص الله به الأزواج لم يوجبه وهذا الأصل كاف في هذا الكتاب والله الموفق للصواب

بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

كتاب القنف

والنظر في هذا الكتاب في القنف والقاذف والمقنوف وفي العقوبة الواجبة فيه وبماذا ثبت والأصل

في هذا الكتاب قوله تعالى (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء) الآية فأما القاذف فأنهم اتفقوا على أن من شرطه وصفين وهما البلوغ والعقل وسواء كان ذكراً أو أنثى حراً أو عبداً مسلماً أو غير مسلم وأما المقنوف فاتفقوا على أن من شرطه أن يجتمع فيه خمسة أوصاف وهي البلوغ والحرية والعفاف والاسلام وأن يكون معه آلة الزنا فإن انحرم من هذه الأوصاف وصف لم يجب الحد والجمهور بالجملة على اشتراط الحرية في المقنوف ويحتمل أن يدخل في ذلك خلاف ومالك يعتبر في سن المرأة أن تطبق الوطء وأما القذف الذي يجب به الحد فاتفقوا على وجهين أحدهما أن يرمى القاذف المقنوف بالزنا والثاني أن ينفيه عن نسبه إذا كانت أمه حرة مسلمة واختلفوا إن كانت كافرة أو أمة فقال مالك سواء كانت حرة أو أمة أو مسامة أو كافرة يجب الحد وقال إبراهيم النخعي لا حد عليه إذا كانت أم المقنوف أمة أو كاتبة وهو قياس قول الشافعي وأبي حنيفة واتفقوا أن القذف إذا كان بهذين المعنيين أنه إذا كان بلفظ صريح وجب الحد واختلفوا إن كان بتعريض فقال الشافعي وأبو حنيفة والثوري وابن أبي ليلى لا حد في التعريض إلا أن أبا حنيفة والشافعي يريان فيه التعزير وعن قال بقولهم من الصحابة ابن مسعود وقال مالك وأصحابه في التعريض الحد وهي مسئلة وقعت في زمان عمر فشاو وعمر فيها الصحابة فاختلّفوا فيها عليه فرأى عمر فيها الحد وعمدة مالك أن الكاتبة قد تقوم بعرف العادة والاستعمال مقام النص الصريح وإن كان اللفظ فيها مستعملاً في غير موضعه أعني مقولاً بالاستعارة وعمدة الجمهور إن الاحتمال الذي في الاسم المستعار شبهة والحدود تدرأ بالشبهات والحق أن الكاتبة قد تقوم في مواضع مقام النص وقد نضعف في مواضع وذلك أنه إذا لم يكثر الاستعمال والذى يندرى به الحد عن القاذف أن ثبت زنا للمقنوف بأربعة شهود باجتماع والشهود عند مالك إذا كانوا أقل من أربعة قد فده وعند غيره ليسوا بقذفة وإنما اختلف المذهب في الشهود الذين يشهدون على شهود الأصل والسبب في اختلافهم هل يشترط في نقل شهادة كل واحد منهم عدد شهود الأصل أم يكفي في ذلك اثنتان على الأصل للمعتبر فيما سوى القذف إذا كانوا ممن لا يستقل بهم نقل الشهادة من قبل العدد وأما الحد فالنظر فيه في جنسه وتوقيته ومسقطه أما جنسه فأنهم اتفقوا على أنه ثمانون جلدة للقاذف الحر لقوله تعالى (ثمانين جلدة) واختلفوا في العبد يقتل الحر كحدده فقال الجمهور من فقهاء الأمصار حده نصف حد الحر وذلك أربعون جلدة وروى ذلك عن الخلفاء الأربعة وعن ابن عباس وقالت طائفة حده حد الحر وبه قال ابن مسعود من الصحابة وعمر بن عبد العزيز وجاعة من فقهاء الأمصار أبو ثور والاوزاعي وداود وأصحابه من أهل الظاهر فعمدة الجمهور قياس حده في القذف على حده في الزنا وأما أهل الظاهر فمتسكوا في ذلك بالعموم ولما اجتمعوا أيضاً إن حد الكاتبة ثمانون فكان العبد أحرى بذلك وأما التوقيت فأنهم اتفقوا على أنه إذا قذف شخصاً واحداً مراراً كثيرة فعليه حد واحد إذا لم يجد لواحد منها وأنه إن قذفه فحد ثم قذفه ثانية حد حداً ثانياً واختلفوا إذا قذف جماعة فقالت طائفة ليس عليه إلا حد واحد جمعهم في القذف وفرقهم وبه قال مالك وأبو حنيفة والثوري وأحمد وجاعة وقال قوم بل عليه لكل واحد حد وبه قال الشافعي والليث وجاعة حتى روى عن الحسن بن حي أنه قال إن قال إنسان من دخل هذه الدار فهو زان جلد الحد لكل من دخلها وقالت طائفة إن جمعهم في كلفوا واحدة مثل أن يقول لهم يا زناة اغدوا واحد وإن قال لكل واحد منهم يازاني

فعليه لكل انسان منهم حد فعمدة من لم يوجب على قاذف الجماعة الاحدا واحدا حديث أنس وغيره ان هلال بن أمية قذف امرأته بشريك بن سمحاء فرفع ذلك الى النبي عليه الصلاة والسلام فلاعن بينهما ولم يحده لشريك وذلك اجاع من أهل العلم فحين قذف زوجته برجل وعمدة من رأى ان الحد لكل واحد منهم انه حق للادمين وانه لو عاقبا بعضهم ولم يعف الكل لم يسقط الحد وأما من فرق بين قذفهم في كلمة واحدة أو كلمات أو في مجلس واحد أو في مجالس فلا تراه رأى انه واجب أن يتعدد الحد بتعدد القذف لأنه اذا اجتمع تعدد الموقوف وتعدد القذف كان واجب أن يتعدد الحد وأما سقوطه فانهم اختلفوا في سقوطه بعفو القاذف فقال أبو حنيفة والثوري والاوزاعي لا يصح العفو أى لا يسقط الحد وقال الشافعي يصح العفو أى يسقط الحد بلغ الامام أولم يبلغ وقال قوم ان بلغ الامام لم يحز العفو وان لم يبلغه جاز العفو واختلف قول مالك في ذلك مرة قال بقول الشافعي ومرة قال يجوز اذا لم يبلغ الامام وان بلغ لم يحز الا أن يريد بذلك المقذوف الستر على نفسه وهو المشهور عنه والسبب في اختلافهم هل هو حق لله أو حق للادمين أو حق لكليهما فمن قال حق لله لم يحز العفو كالزنا ومن قال حق للادمين أجاز العفو ومن قال لكليهما وغلب حق الامام اذا وصل اليه قال بالفرق بين أن يصل الامام أولا يصل وقياسا على الاثر الوارد في السرقة وعمدة من رأى أنه حق للادمين وهو الاظهر أن المقذوف اذا صدقه فيما قذفه به سقط عنه الحد وأما من يقيم الحد فلا خلاف أن الامام يقيمه في القذف وانفقوا على أنه يجب على القاذف مع الحد سقوط شهادته ما لم يتب واختلفوا اذا تاب فقال مالك يجوز شهادته وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا تجوز شهادته أبدا والسبب في اختلافهم هل الاستثناء يعود الى الجملة المتقدمة أو يعود الى أقرب منه كور وذلك في قوله تعالى (ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون الذين تبوءوا) فمن قال يعود الى أقرب منه كور قال التوبة ترفع الفسق ولا تقبل شهادته ومن رأى ان الاستثناء يتناول الأمرين جميعا قال التوبة ترفع الفسق وورد الشهادة وكون ارتفاع الفسق مع رد الشهادة أمر غير مناسب في الشرع أى خارج عن الأصول لأن الفسق متى ارتفع قبلت الشهادة وانفقوا على أن التوبة لا ترفع الحد (وأما بماذا ثبت) فانهم اتفقوا على أنه يثبت بشاهدين عدلين حزينين واختلف في منذهب مالك هل يثبت بشاهد ويمين وبشهادة النساء وهل تلزم في الدعوى فيه يمين وان نكل فهل يحل بالنكول ويمين المدعى فهذه هي أصول هذا الباب التي تبنى عليه فروعه قال القاضي وان أنسا الله في العمر فستضع كتابا في الفروع على منذهب مالك بن أنس مرتبا ترتيبا صناعيا اذ كان المنذهب المعمول به في هذه الجزيرة التي هي جزيرة الأندلس حتى يكون به القارئ مجتهدا في منذهب مالك لأن احصاء جميع الروايات عندي شيء ينقطع العمر دونه

باب في شرب الخمر

والكلام في هذه الجنابة في الموجب والواجب وبماذا ثبت هذه الجنابة فاما الموجب فاتفقوا على أنه شرب الخمر دون اكرام قليلها وكثيرها واختلفوا في المسكرات من غيرها فقال أهل الحجاز حكمها حكم الخمر في تحريمها وإيجاب الحد على من شربها قليلا كان أو كثيرا سكر أو لم يسكر وقال أهل العراق المحرم منها هو السكر وهو الذي يوجب الحد وقد ذكرنا عمدة أدلة الفريقين في كتاب الاطعمة والاشربة وأما الواجب فهو الحد والتفسيق الا أن يكون التوبة والتفسيق في شارب الخمر باتفاق وان لم يبلغ حد السكر وفيمن

بلغ حد السكر فيما سوى الخمر واختلف الذين رأوا تحريم قليل الانبذة في وجوب الحد وأكثرهؤلاء على وجوبه الا انهم اختلفوا في مقدار الحد الواجب فقال الجمهور الحد في ذلك ثمانون وقال الشافعي وأبو ثور وداد الحد في ذلك أربعون هذا في حد الخمر وأما حد العبد فاختلفوا فيه فقال الجمهور هو على النصف من حد الخمر وقال أهل الظاهر حد الخمر والعبد سواء وهو أربعون وعند الشافعي عشرون وعند من قال ثمانون أربعون فعمدة الجمهور تشاور عمر والصحاب لما كثرت في زمانه شرب الخمر واشارة على عليه بان يجعل الحد ثمانين قياما على حد الفرية فانه كما قيل عنه رضي الله عنه اذا شرب سكر واذا سكر هذى واذا هذى افترى وعمدة الفريق الثاني أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يحذف ذلك حدا وانما كان يضرب فيها بين يديه بالنعال ضربا غير محمود وإن أبابكر رضي الله عنه شاور أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كم بلغ ضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم لشرب الخمر فقدره باربعين وروى عن أبي سعيد الخدري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ضرب في الخمر بنعلين أربعين فجعل عمر مكات كل نعل سوطه وروى من طريق آخر عن أبي سعيد الخدري ما هو أثبت من هذا وهو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ضرب في الخمر أربعين وروى هذا عن علي عن النبي عليه السلام من طريق أثبت وبه قال الشافعي وأما من يقيم هذا الحد فاتفقوا على أن الامام يقيمه وكذلك الأمر في سائر الحدود واختلفوا في اقامة السادات الحدود على عبيدهم فقال مالك يقيم السيد على عبده حدا زنا وحد القذف اذا شهد عنده الشهود ولا يفعل ذلك بعلم نفسه ولا يقطع في السرقة الا الامام وبه قال الليث وقال أبو حنيفة لا يقيم الحدود على العبيد الا الامام وقال الشافعي يقيم السيد على عبده جميع الحدود وهو قول أحمد واسحق وأبي ثور فعمدة مالك الحديث المشهور أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن الامة اذا زنت ولم تحصن فقال ان زنت فاجلدوها ثم ان زنت فاجلدوها ثم ان زنت فاجلدوها ثم يبيعوها ولو بغير وقوله عليه السلام اذا زنت أمة أحكم فليجلدها وأما الشافعي فاعقد مع هذه الاحاديث ما روى عنه صلى الله عليه وسلم من حديث على انه قال أقبوا الحدود على مملكتكم أي مانعكم ولانه أيضا مروي عن جماعة من الصحابة ولا يخالف لهم منهم ابن عمر وابن مسعود وأنس وعمدة أبي حنيفة الاجماع على أن الاصل في اقامة الحدود هو السلطان وروى عن الحسن وعمر بن عبد العزيز وغيرهم انهم قالوا الجماعة والزكاة والنفى والحكم الى السلطان

فصل ١٠ وأما بما اذا ثبت هذا الحد فاتفق العلماء على انه يثبت بالاقرار وبشهادة عدلين واختلفوا في ثبوتها بالرائحة فقال مالك وأصحابه وجمهور أهل الحجاز يجب الحد بالرائحة اذا شهد بها عند الحاكم شاهدان عدلان وخالفه في ذلك الشافعي وأبو حنيفة وجمهور أهل العراق وطائفة من أهل الحجاز وجمهور علماء البصرة فقالوا لا يثبت الحد بالرائحة فعمدة من أجاز الشهادة على الرائحة تشبيهها بالشهادة على الصوت والخط وعمدة من لم يثبتها اشتباه الروائح والحد يدرك بالاشبهة

بسم الله الرحمن الرحيم صلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

كتاب السرقة

والنظر في هذا الكتاب في حد السرقة وفي شروط المسروق الذي يجب به الحد وفي صفات السارق الذي

يجب عليه الحد وفي العقوبة وفيما ثبت بهذه الخيانة فاما السرقة فهي أخف مال الغير مستترا من غير ان يؤتمن عليه وانما قلنا هذا لانهم أجمعوا انه ليس في الخيانة ولا في الاختلاس قطع الايباس بن معاوية فانه واجب في الخلصة القطع وذلك مروى عن النبي عليه السلام وأوجب أيضاً قوم القطع على من استعار حلياً أو متاعاً ثم محمده لمكان حديث المرأة الخزومية المشهور انها كانت تستعير الحلي وأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قطعها للموضع بخودها وبه قال أحمد واسحق والحديث حديث عائشة قالت كانت امرأة مخزومية تستعير المتاع ومحمده فأمر النبي عليه السلام بقطع يدها فأتى اسامة أهلها فكلموه فكلم أسامة النبي عليه السلام فقال النبي عليه السلام يا أسامة لا أراك تسلكم في حदन من حدود الله ثم قام النبي عليه السلام خطيباً فقال انما أهلك من كان قبلكم انه اذا سرق فيهم الشريف تركوه واذا سرق فيهم الضعيف قطعوه والذي نفسي بيده لو كانت فاطمة بنت محمد لقطعنها ورد الجهور هذا الحديث لانه مخالف للأصول وذلك ان المعارضون وانهم يأخذون بفيران فضل ان يأخذ من حرز قالوا وفي الحديث حلف وهو انها سرقت مع انها حلفت ويدل على ذلك قوله عليه السلام انما أهلك من كان قبلكم انه اذا سرق فيهم الشريف تركوه قالوا وروى هذا الحديث الليث بن سعد عن الزهري باسناده فقال فيه ان الخزومية سرقت قالوا وهذا يدل على انها فعلت الامر بن جميعا المجد والسرقه وكذلك أجمعوا على انه ليس على الغاصب ولا على المكابر المغالب قطع الا ان يكون قاطع طريق شاهرا السلاح اعلى المسلمين مخيفاً للسبيل لحكمه حكم المحارب على ماسياً في حد المحارب وأما السارق الذي يجب عليه حد السرقة فانهم اتفقوا على ان من شرطه ان يكون مكلفاً وسواء كان حراً أو عبداً ذكراً أو أنثى أو مسلماً أو ذمياً الاماروي في الصدر الاول من الخلاف في قطع يد العبد الآبق اذا سرق وروى ذلك عن ابن عباس وعثمان ومروان وعمر بن عبد العزيز ولم يختلف فيه بعد العصر المتقدم فمن رأى أن الاجماع ينعقد بعد وجود الخلاف في العصر المتقدم كانت المسئلة عنده قطعية ومن لم ير ذلك تمسك بعموم الأمر بالقطع ولا حاجة لمن لم ير القطع على العبد الآبق الا تشبيهه بسقوط الحد عنه بسقوط شرطه أعني الحدود التي تنسطر في حق العبيد وهو تشبيه ضعيف وأما المسروق فان له شرائط مختلفاً فيها فمن أشهرها اشتراط النصاب وذلك ان الجمهور على اشتراطه الاماروي عن الحسن البصري انه قال القطع في قليل المسروق وكثيره لعموم قوله تعالى (والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما) الآية وربما احتجوا بحديث أبي هريرة أخرجه البخاري ومسلم عن النبي عليه السلام انه قال لعن الله السارق يسرق البيضة فتقطع يده ويسرق الحبل فتقطع يده وبه قالت الخوارج وطائفة من المتكلمين والذين قالوا باشتراط النصاب في وجوب القطع وهم الجمهور اختلفوا في قدره اختلافاً كثيراً الا ان الاختلاف المشهور من ذلك الذي يستند الى أدلة ثابتة وهو قولنا أحدهما قول فقهاء الحجاز مالك والشافعي وغيرهم والثاني قول فقهاء العراق أما فقهاء الحجاز فأوجبوا القطع في ثلاثة دراهم من الفضة وربع دينار من الذهب واختلفوا فيما تقوم به سائر الأشياء المسروقة مع اعداد الذهب والفضة فقال مالك في المشهور تقوم بالدرهم لابل بالربع دينار أعني اذا اختلفت الثلاثة دراهم مع الربع دينار لاختلاف الصرف مثل ان يكون الربع دينار في وقت درهمين ونصفاً وقال الشافعي الأصل في تقويم الأشياء هو الربع دينار وهو الأصل أيضاً الدرهم فلا يقطع عنده في الثلاثة دراهم الا ان

تسبوي ربع دينار وأما مالك فالدنانير والبراهم عنده كل واحد منهما معتبر بنفسه وقدرى بعض
 البغداديين عنه انه ينظر في تقويم العروض الى الغالب في تقود أهل ذلك البلد فان كان الغالب البراهم
 قومت بالبراهم وان كان الغالب الدنانير قومت بالربع دينار وأظن ان في المذهب من يقول ان الربع
 دينار يقوم بالثلاثة دراهم وبقول الشافعي في التقويم قال أبو ثور والاوزاعي وداود وبقول مالك المشهور
 قال أحمد أعني بالتقويم بالبراهم وأما فقهاء العراق فالنصاب الذي يجب القطع فيه هو عندهم عشرة دراهم
 لا يجب في أقل منه وقد قال جماعة منهم ابن أبي ليلى وابن شبرمة لا تقطع اليد في أقل من خمسة دراهم وقد
 قيل في أربعة دراهم وقال عثمان البتي في درهمين فعمدة فقهاء الحجاز مارواه مالك عن نافع عن ابن عمر
 ان النبي عليه الصلاة والسلام قطع في حن قيمته ثلاثة دراهم وحديث عائشة أوقفه مالك وأسند البخاري
 ومسلم الى النبي عليه الصلاة والسلام انه قال تقطع اليد في ربع دينار فصاعدا وأما عمدة فقهاء العراق
 حديث ابن عمر المذكور قالوا ولكن قيمة المجن هو عشرة دراهم وروى ذلك في أحاديث قالوا وقد خالف
 ابن عمر في قيمة المجن من الصحابة كثير من رأى القطع في المجن كابن عباس وغيره وقدرى محمد
 ابن اسحق عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تقطع يد السارق
 فيأدون ثمن المجن قال وكان ثمن المجن على عهد النبي عليه الصلاة والسلام عشرة دراهم وروى ذلك
 محمد بن اسحق عن أبوب بن موسى عن عطاء عن ابن عباس قال كان ثمن المجن على عهد رسول الله
 صلى الله عليه وسلم عشرة دراهم قالوا واذا وجد اختلاف في ثمن المجن وجب أن لا تقطع اليد الا بيقين
 وهذا الذي قالوه هو كلام حسن لولا حديث عائشة وهو الذي اعقده الشافعي في هذه المسئلة وجعل
 الأصل هو الربع دينار وأما مالك فاعتضد عنده حديث ابن عمر بحديث عثمان الذي رواه وهو انه قطع
 في أربعة قومت بثلاثة دراهم والشافعي يعتذر عن حديث عثمان من قبل أن الصرف كان عندهم
 في ذلك الوقت اثنا عشر درهما (٧) والقطع في ثلاثة دراهم أحفظ للأموال والقطع في عشرة دراهم أدخل
 في باب التجاوز والصفح عن يسر المال وشرف العضو والجمع بين حديث ابن عمر وحديث عائشة وفعل
 عثمان ممكن على مذهب الشافعي وغير ممكن على مذهب غيره فان كان الجمع أولى من الترجيح فذهب
 الشافعي أولى المذاهب فهذا هو أحد الشروط المشترطة في القطع واختلفو ان هذا الباب في فرع مشهور
 وهو اذا سرت الجماعة ما يجب فيه القطع أعني نصابا دون أن يكون حظ كل واحد منهم نصابا وذلك بان
 يخرجوا النصاب من الخرز معا مثل أن يكون عبدلا أو صندوقا يساوي النصاب فقال مالك يقطعون
 جميعا وبه قال الشافعي وأحمد وأبو ثور وقال أبو حنيفة لا قطع عليهم حتى يكون مأخذه كل واحد منهم
 نصابا فمن قطع الجميع رأى العقوبة انما تتعلق بقدر مال المسروق أي ان هذا القدر من المال المسروق
 هو الذي يوجب القطع لحفظ المال ومن رأى ان القطع انما علق بهذا القدر لا بمادونه لمكان حرمة
 اليد قال لا تقطع أبدا كثيرة فيأوجب الشرع فيه قطع بدوادة واختلفو امتي بقدر المسروق فقال مالك
 يوم السرقة وقال أبو حنيفة يوم الحكم عليه بالقطع وأما الشرط الثاني في وجوب هذا الحد فهو الخرز
 وذلك ان جميع فقهاء الامصار الذين تدور عليهم الفتوى وأصحابهم متفقون على اشتراط الخرز في وجوب

القطع وإن كان قد اختلفوا فيها هو حرز مالم يس بحرز والاشبه أن يقال في حد الحرز انه ماشأنه أن تحفظ به الاموال كي يعسر أخذها مثل الاغلاق والحطائر وما أشبه ذلك وفي الفعل الذي اذا فعله السارق انصف بالخراج من الحرز على ما سنده كره بعد وعن ذهب الى هذا مالك وأبو حنيفة والشافعي والثوري ومجابههم وقال أهل الظاهر وطائفة من أهل الحديث القطع على من سرق النصاب وإن مرقه من غير حرز فعمدة الجمهور حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال لا قطع في عمر معلق ولا في حريسة جبل فاذا أواه المراح أو الجرين فالقطع فيما بلغ ثمن الجن ومروسل مالك أيضا عن عبد الله بن عبد الرحمن بن أبي حسين المسكي بمعنى حديث عمرو بن شعيب وعمدة أهل الظاهر عموم قوله تعالى (والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما) الآية قالوا فوجب أن تحمل الآية على عمومها الا ما خصته السنة الثابتة من ذلك وقد خصت السنة الثابتة المقدار الذي يقطع فيه من الذي لا يقطع فيه وردوا حديث عمرو بن شعيب لموضع الاختلاف الواقع في أحاديث عمرو بن شعيب وقال أبو عمر بن عبد البر أحاديث عمرو بن شعيب العمل بها واجب اذا رواها الثقات وأما الحرز عند الذين أوجبوه فانهم اتفقوا منه على أشياء واختلفوا في أشياء مثل اتفاقهم على أن باب البيت وغلقه حرز واختلافهم في الاوعية ومثل اتفاقهم على ان من سرق من بيت دار غير مشتركة السكنى انه لا يقطع حتى يخرج من الدار واختلافهم في الدار المشتركة فقال مالك وكثير ممن اشترط الحرز تعلق يده اذا أخرج من البيت وقال أبو يوسف ومحمد لا قطع عليه الا اذا أخرج من الدار ومنها اختلافهم في القبر هل هو حرز حتى يجب القطع على النباش وأليس بحرز فقال مالك والشافعي وأحمد وجاعة هو حرز وعلى النباش القطع وبه قال عمر بن عبد العزيز وقال أبو حنيفة لا قطع عليه وكذلك قال سفيان الثوري وروى ذلك عن زيد بن ثابت والحرز عند مالك بالجملة هو كل شيء جرت العادة بحفظ ذلك الشيء المسروق فيه فربط الوواب عنده احوال وكذلك الاوعية وما على الانسان من اللباس فالانسان حرز لكل ما عليه أهو عنده واذا توسد النائم شيأ فهو حرز على ما جاء في حديث صفوان بن أمية وسيأتي بعد وما أخذه من المنتبه فهو اختلاس ولا يقطع عند مالك سارق ما كان على الصبي من الخلى أو غيره الا أن يكون معه حافظ يحفظه ومن سرق من الكعبة شيأ لم يقطع عنده وكذلك من المساجد وقد قيل في المنهب انه ان سرق منه ايلا قطع وفروع هذا الباب كثيرة فيها هو حرز ومالم يس بحرز وانفق القائلون بالحرز على ان كل من سمي مخربا للشيء من حرزه وجب عليه القطع وسواء كان داخل الحرز أو خارجه واذا ترددت التسمية وقع اختلاف مثل اختلاف المنهب اذا كان سارقا أحدهما داخل البيت والآخر خارجه ففرب أحدهما المتاع المسروق الى ثقب في البيت فتناوله الآخر فقيل القطع على الخارج المتناول له وقيل لا قطع على واحد منهما وقيل القطع على المقرب للمتاع من الثقب واختلاف في هذا كله آيل الى انطلاق اسم المخرج من الحرز عليه أولا انطلاقه فهذا هو القول في الحرز واشتراطه في وجوب القطع ومن رمى بالمسروق من الحرز ثم أخذه خارج الحرز قطع وقد توقف مالك فيه اذا أخذ بعزمه وقبل أن يخرج وقال ابن القاسم يقطع

فصل في وأما جنس المسروق فان العلماء اتفقوا على ان كل ممتلك غير ناطق يجوز بيعه وأخذ العوض منه فانه يجب في سرقته القطع ماعدا الاشياء الرطبة للمأكولة والاشياء التي أصلها مباحة فانهم اختلفوا

في ذلك فذهب الجمهور الى ان القطع في كل مقول يجوز بيعه وأخذ العوض فيه وقال أبو حنيفة لا قطع في الطعام ولا فيما أصله مباح كالصيد والخطب والحشيش فعمدة الجمهور عموم الآية الموجبة للقطع وعموم الآثار الواردة في اشتراط النصاب وعمدة أبي حنيفة في منعه القطع في الطعام الرطب قوله عليه السلام لا قطع في ثمر ولا أكثر وذلك ان هذا الحديث روى هكذا مطلقا من غير زيادة وعمدته أيضا في منع القطع فيما أصله مباح الشبهة التي فيه لكل مالك وذلك انهم اتفقوا على ان من شرط المسروق الذي يجب فيه القطع ان لا يكون للشارق فيه شبهة ملك واختلفوا فيما هو شبهة تدرأ الحد بماليس بشبهة وهذا هو أيضا أحد الشروط المشتركة في المسروق هو في ثلاثة مواضع في جنسه وقدره وشروطه وستأتي هذه المسئلة فيما بعد واختلفوا من هذا الباب أعني من النظر في جنس المسروق في المصحف فقال مالك والشافعي يقطع سارقه وقال أبو حنيفة لا يقطع ولعل هذا من أبي حنيفة بناء على انه لا يجوز بيعه أو ان لكل أحد فيه حقا اذ ليس به مال واختلفوا من هذا الباب فحين سرق صغيرا مملوكا أو مجنونا لم يقطع ولا يعقل الكلام فقال الجمهور يقطع وأما ان كان كبيرا يفتقه فقال مالك يقطع وقال أبو حنيفة لا يقطع واختلفوا في الحر الصغير فعند مالك ان سارقه يقطع ولا يقطع عند أبي حنيفة وهو قول ابن الماجشون من أصحاب مالك واتفقوا كما قلنا ان شبهة الملك القوية تدرأ هذا الحد واختلفوا فيما هو شبهة يدرأ من ذلك مما لا يدرأ عنها العبد يسرق مال سيده فان الجمهور من العلماء على انه لا يقطع وقال أبو ثور يقطع ولم يشترط شرطا وقال أهل الظاهر يقطع الا ان يأتمنه سيده واشترط مالك في الخادم الذي يجب ان يدرأ عنه الحد ان يكون يلي الخاتمة لسيده بنفسه والشافعي مرة اشترط هذا مرة لم يشترطه ويدرأ الحد قال عمر رضي الله عنه وابن مسعود ولا يخالف طم من الصحابة ومنها أحد الزوجين يسرق من مال الآخر فقال مالك اذا كان كل واحد ينفر دبيت فيه متاعه فالقطع على من سرق من مال صاحبه وقال الشافعي الاحتياط أن لا قطع على أحد الزوجين لشبهة الاختلاط وشبهة المال وقدرى عنه مثل قول مالك واختاره المزني ومنها القربات فذهب مالك فيها أن لا يقطع الاب فيما سرق من مال الابن فقط لقوله عليه الصلاة والسلام أنت ومالك لابيك ولا يقطع ما سواهم من القربات وقال الشافعي لا يقطع عمود النسب الأعلى والأسفل يعني الأب والأجداد والأبناء وأبناء الأبناء وقال أبو حنيفة لا يقطع ذوالرحم المحرمة وقال أبو ثور تقطع بذلك من سرق الاما خصمه الاجماع ومنها اختلافهم فحين سرق من المغنم أو من بيت المال فقال مالك يقطع وقال عبد الملك من أصحابه لا يقطع فهذا هو القول في الاشياء التي يجب بها ما يجب في هذه الجنابة

﴿ القول في الواجب ﴾

وأما الواجب في هذه الجنابة اذا وجدت بالصفات التي ذكرنا أعني الموجودة في السارق وفي الشيء المسروق وفي صفة السرقة فانهم اتفقوا على ان الواجب فيه القطع من حيث هي جنابة والغرم اذ لم يجب القطع واختلفوا هل يجمع الغرم مع القطع فقال قوم عليه الغرم مع القطع وبه قال الشافعي وأحمد والليث وأبو ثور وجاعة وقال قوم ليس عليه غرم اذ لم يجد المسروق منه متاعه بعينه وعين قال بهذا القول أبو حنيفة والثوري وابن أبي ليلى وجاعة وفرق مالك وأصحابه فقال ان كان موسرا اتبع السارق بقية المسروق وان كان معسرا لم يتبع به اذا أئتمى واشترط مالك دوام اليسر الى يوم القطع فيما حكى عنه

ابن القاسم فعمدة من جمع بين الأمرين انه اجتمع في السرقة حقان حق الله وحق اللادى فاقضى كل حق موجه وأيضاً فانهم لما اجعوا على أخذه منه اذا وجد بعينه لم يزدوا عليه عند ان يكون في ضمانه قياساً على سائر الاموال الواجبة وعمدة الكوفيين حديث عبد الرحمن بن عوف أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يغرم السارق اذا أقيم عليه الحد وهذا الحديث مضعف عند أهل الحديث قال أبو عمر لانه عندهم مقطوع قال وقبوله بعضهم وخروجه النسائي والكوفيون يقولون ان اجتماع حقين في حق واحد مخالف للاصول ويقولون ان القطع هو بدل من الغرم ومن هنا يرون انه اذا سرق شيئاً ما فقطع فيه ثم سرقة ثانياً انه لا يقطع فيه وأما تفرقة مالك فاستحسان على غير قياس وأما القطع فالنظر في محله وفيمن سرق وقدم المحل أما محل القطع فهو اليد اليمنى باتفاق من الكرع وهو الذي عليه الجمهور وقال قوم الاصابع فقط فلما اذا سرق من قد قطعت يده اليمنى في السرقة فانهم اختلفوا في ذلك فقال أهل الحجاز والعراق تقطع رجله اليسرى بعد اليد اليمنى وقال بعض أهل الظاهر وبعض التابعين تقطع اليد اليسرى بعد اليمنى ولا يقطع منه غير ذلك واختلف مالك والشافعي وأبو حنيفة بعد اتفاقهم على قطع الرجل اليسرى بعد اليد اليمنى هل يقف القطع ان سرق ثلثة أم لا فقال سفيان وأبو حنيفة يقف القطع في الرجل وانما عليه في الثالثة الغرم فقط وقال مالك والشافعي ان سرق ثلثة قطعت يده اليسرى ثم ان سرق رابعة قطعت رجله اليمنى وكلا القولين مروى عن عمر وأبي بكر أعني قول مالك وأبي حنيفة فعمدة من لم يرا الا قطع اليد قوله تعالى (والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما) ولم يذكر الا الرجل الا في الخبرين فقط وعمد من قطع الرجل بعد اليد ما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم أتى بعبد سرق فقطع يده اليمنى ثم الثانية فقطع رجله ثم أتى به في الثالثة فقطع يده اليسرى ثم أتى به في الرابعة فقطع رجله وروى هذا من حديث جابر بن عبد الله وفيه ثم أخذه الخامسة فقتله لأنه أنكر عند أهل الحديث ويرده قوله عليه الصلاة والسلام هن فواحش وفيهن عقوبة ولم يذكر قتلاً وحديث ابن عباس ان النبي عليه الصلاة والسلام قطع الرجل بعد اليد وعند مالك انه يؤدب في الخامسة فإذا ذهب محل القطع من غير سرقة بان كانت اليد شلاء فليل في المنهب ينقل القطع الى اليد اليسرى وقيل الى الرجل واختلف في موضع القطع من القدم فليل يقطع من المفضل الذي في أصل السارق وقيل يدخل الكعبان في القطع وقيل لا يدخلان وقيل انها تقطع من المفضل الذي في وسط القدم واتفقوا على أن لصاحب السرقة ان يعفو عن السارق ما لم يرفع ذلك الى الامام لما روى عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال تعافوا الحدود بينكم فما بلغني من حد فقد وجب وقوله عليه الصلاة والسلام لو كانت فاطمة بنت محمد لاقت عليها الحد وقوله لصفوان هلاك كان ذلك قبل أن تأتيني به واختلفوا في السارق يسرق فيه القطع فيرفع الى الامام وقد وهبه صاحب السرقة ماسرقة أو يهبه بعد الرفع وقبل القطع فقال مالك والشافعي عليه الحد لأنه قد رفع الى الامام وقال أبو حنيفة وطائفة لاحد عليه فعمدة الجمهور حديث مالك عن ابن شهاب عن صفوان بن عبد الله ابن صفوان بن أمية انه قيل له ان من لم يهاجر هلك فقدم صفوان بن أمية الى المدينة فنام في المسجد

وتوسد رداءه فجاءه سارق فأخذ رداءه فأخذ صفوان السارق فجاء به إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمر به رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تقطع يده فقال صفوان لم أرد هذا يا رسول الله هو عليه صدقة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فهل قبل أن تأتي بي به

﴿ القول فيما ثبت به السرقة ﴾

واتفقوا على أن السرقة تثبت بشاهدين عدلين وعلى أنها تثبت باقرار آخر واختلفوا في اقرار العبد فقال جمهور فقهاء الامصار اقراره على نفسه موجب لحده وليس يوجب عليه غرما وقال زفر لا يجب اقرار العبد على نفسه بما يوجب قتله ولا قطع يده لكونه مالا لولاه وبه قال شريح والشافعي وقتادة وجماعة وان رجح عن الاقرار الى شبهة قبل رجوعه وان رجح الى غير شبهة فعن مالك في ذلك روايتان هكذا حكى البغداديون عن المذهب وللتأخرين في ذلك تفصيل ليس يليق بهذا الغرض وانما هو لائق بتفريع المذهب

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم صلى الله عليه وسلم تسليما ﴾

﴿ كتاب الحاربة ﴾

والأصل في هذا الكتاب قوله تعالى (انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله) الآية وذلك ان هذه الآية عند الجمهور هي في المحاربين وقال بعض الناس انها زلت في نفر الذين ارتدوا في زمان النبي عليه الصلاة والسلام واستاقوا الا بل فأمر بهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فقطعت أيديهم وأرجلهم وسملت أعينهم والصحيح انها في المحاربين لقوله تعالى (الا الذين تابوا من قبل أن تقاسروا عليهم) وليس عدم القدرة عليهم مشترطة في توبة الكفار فبقى انها في المحاربين والنظر في أصول هذا الكتاب ينحصر في خمسة أبواب أحدها النظر في الحاربة والثاني النظر في المحارب والثالث فيما يجب على المحارب والرابع في مسقط الواجب عنه وهي التوبة والخامس بماذا تثبت هذه الجنابة

﴿ الباب الأول ﴾

فأما الحاربة فاتفقوا على أنها اشهار السلاح وقطع السبيل خارج المصر واختلفوا في حارب داخل المصر فقال مالك داخل المصر وخارجه سواء واشترط الشافعي الشوكة وان كان لم يشترط العدد وانما معنى الشوكة عنده قوة المغالبة ولذلك يشترط فيها البعد عن العمران لأن المغالبة انما تأتي بالبعد عن العمران وكذلك يقول الشافعي أنه اذا ضعف السلطان ووجدت المغالبة في المصر كانت محاربة وأما غير ذلك فهو عنده اختلاس وقال أبو حنيفة لا تكون محاربة في المصر

﴿ الباب الثاني ﴾

فأما المحارب فهو كل من كان دمه محقونا قبل الحاربة وهو المسلم والذمي

﴿ الباب الثالث ﴾

وأما ما يجب على المحارب فاتفقوا على أنه يجب عليه حق الله وحق لآدميين واتفقوا على أن حق الله هو القتل والصلب وقطع الايدي وقطع الرجل من خلاف والنفي على مائص الله تعالى في آية الحاربة واختلفوا في هذه العقوبات هل هي على التخيير أو مرتبة على قدر جنابة المحارب فقال مالك ان قتل

فلا بد من قتله وليس للإمام تخيير في قطعه ولا في نفيه وإنما التخيير في قتله أو صلبه وأما أن أخذ المال ولم يقتل فلا تخيير في نفيه وإنما التخيير في قتله أو صلبه أو قطعه من خلاف وأما إذا أخاف السبل فقط فالإمام عنده مخير في قتله أو صلبه أو قطعه أو نفيه ومعنى التخيير عنده أن الأمر راجع في ذلك إلى اجتهاد الإمام فإن كان المحارب بمن له الرأي والتدبير فوجه الاجتهاد قتله أو صلبه لأن القطع لا يرفع ضرره وإن كان لا رأى له وإنما هو ذو قوة وبأس قطعه من خلاف وإن كان ليس فيه شيء من هاتين الصفتين أخذ بأسر ذلك فيه وهو الضرب والنفي وذهب الشافعي وأبو حنيفة وجماعة من العلماء إلى أن هذه العقوبة هي مرتبة على الجنائيات المعلوم من الشرع ترتيبها عليه فلا يقتل من المحاربين إلا من قتل ولا يقطع إلا من أخذ المال ولا ينفي إلا من لم يأخذ المال ولا قتل وقال قوم بل الإمام مخير فيهم على الإطلاق وسواء قتل أو لم يقتل أخذ المال أو لم يأخذه وسبب الخلاف هل حرف أو في الآية للتخيير أو للتفصيل على حسب جنائياتهم ومالك حل البعض من المحاربين على التفصيل والبعض على التخيير واختلفوا في معنى قوله أو يوصلو فقال قوم أنه يصلب حتى يموت جوعاً وقال قوم بل معنى ذلك أنه يقتل ويصلب معا وهؤلاء منهم من قال يقتل أولاً ثم يصلب وهو قول أشهب وقيل أنه يصلب حياً ثم يقتل في الخشبة وهو قول ابن القاسم وابن الماجشون ومن رأى أنه يقتل أولاً ثم يصلب صلى عليه عنده قبل الصلب ومن رأى أنه يقتل في الخشبة فقال بعضهم لا يصلب عليه تكبيلاًه وقيل يقف خلف الخشبة ويصلى عليه وقال سحنون إذا قتل في الخشبة أزيل منها وصلى عليه وهل يعاد إلى الخشبة بعد الصلاة فيه قولان عنه وذهب أبو حنيفة وأصحابه أنه لا يبقى على الخشبة أكثر من ثلاثاً أيام وأما قوله أو يقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف فمضاه ان يقطع يده اليمنى ورجله اليسرى ثم إن عاد قطعت يده اليسرى ورجله اليمنى واختلف إذا لم تكن له اليمنى فقال ابن القاسم يقطع يده اليسرى ورجله اليمنى وقال أشهب يقطع يده اليسرى ورجله اليسرى واختلف أيضاً في قوله أو ينفو من الأرض فقيل إن النفي هو السجن وقيل إن النفي هو أن ينفي من بلد إلى بلد فيسجن فيه إلى أن تظهر توبته وهو قول ابن القاسم عن مالك ويكون بين البلدين أقل من نصف فيه الصلاة والقولان عن مالك وبالأول قال أبو حنيفة وقال ابن الماجشون معنى النفي هو فرارهم من الإمام لأقامة الحد عليهم فاما أن ينفي بعد أن يقدر عليه فلا وقال الشافعي أما النفي فغير مقصود ولكن إن هربوا شردناهم في البلاد بالاتباع وقيل هي عقوبة مقصودة فقبل على هذا ينفي ويسجن دائماً وكلها عن الشافعي وقيل معنى أو ينفوا أي من أرض الإسلام إلى أرض الحرب والذي يظهر أن النفي هو تعزيبهم عن وطنهم لقوله تعالى (ولو أنا كتبنا عليهم أن اقتلوا أنفسكم أو اخرجوا من دياركم) الآية فسوى بين النفي والقتل وهي عقوبة معروفة بالعادة من العقوبات كالضرب والقتل وكل ما يقال فيه سوى هذا فليس معروفاً لا بالعادة ولا بالعرف

﴿ الباب الرابع ﴾

وأما ما يسقط الحق الواجب عليه فإن الأصل فيه قوله تعالى (الذين تابوا من قبيل أن تقدروا عليهم) واختلف من ذلك في أربعة مواضع أحدها هل تقبل توبته والثاني إن قبلت فخاصة المحارب الذي تقبل توبته فإن لاهل العلم في ذلك قولين قول أنه تقبل توبته وهو أشهر لقوله تعالى (الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم) وقول أنه لا تقبل توبته قال ذلك من قال إن الآية لم تنزل في المحاربين وأما صفة

التوبة التي تسقط الحكم فانهم اختلفوا فيها على ثلاثة أقوال أحدها ان توبته تكون بوجهين أحدهما أن يترك ما هو عليه وان لم يأت الامام والثاني ان يلقي سلاحه ويأتى الامام طائعا وهو منهب ابن القاسم والقول الثاني ان توبته انما تكون بان يترك ما هو عليه ويجلس في موضعه ويظهر لغيره ان توبته وان أتى الامام قبل أن تظهر توبته أقام عليه الحد وهذا هو قول ابن الماجشون والقول الثالث ان توبته انما تكون بالجموع الى الامام وان ترك ما هو عليه لم يسقط ذلك عنه حكاه من الاحكام ان أخذ قبل أن يأتى الامام وتحصيل ذلك هو ان توبته قيل انها تكون بان يأتى الامام قبل أن يقدر عليه وقيل انها انما تكون اذا ظهرت توبته قبل القدرة فقط وقيل تكون بالأمرين جميعا وأما صفة المحارب التي تقبل توبته فانهم اختلفوا فيها أيضا على ثلاثة أقوال أحدها ان يلحق بدار الحرب والثاني ان تكون له فئة والثالث كيفما كان كانت له فئة أو لم تكن لحق بدار الحرب أو لم يلحق واختلف في المحارب اذا امتنع فأمنه الامام على ان ينزل فقبل له الامان ويسقط عنه حد الحاربة وقيل لا أمان له لأنه انما يؤمن المشرک وأما تسقط عنه التوبة فاختلفوا في ذلك على أربعة أقوال أحدها ان التوبة انما تسقط عنه حد الحاربة فقط ويؤخذ بما سوى ذلك من حقوق الله وحقوق الآدميين وهو قول مالك والقول الثاني ان التوبة تسقط عنه حد الحاربة وجميع حقوق الله من الزنا والشراب والقطع في السرقة ويتبع بحقوق الناس من الاموال والسماء الا أن يعفو أولياء المقتول والثالث ان التوبة ترفع جميع حقوق الله ويؤخذ بالسماء وفي الاموال بما وجد بعينه في أيديهم ولا تتبع ذمهم والقول الرابع ان التوبة تسقط جميع حقوق الله وحقوق الآدميين من مال ودم الاما كان من الاموال قائم العين بيده

﴿ الباب الخامس ﴾

وأما بما اذا ثبت هذا الحد فبالاقرار أو بالشهادة ومالك يقبل شهادة المساوين على الذين سلبوهم وقال الشافعي تجوز شهادة أهل الرفقة عليهم اذا لم يدعوا لأنفسهم ولا لرفقائهم مالا أخوه وثبت عند مالك الحاربة بشهادة السماع

﴿ فصل في حكم المحاربين على التأويل ﴾ وأما حكم المحاربين على التأويل فان محاربهم الامام فاذا قهر على واحد منهم لم يقتل الا اذا كانت الحرب قائمة فان مالكا قال ان للأمام أن يقتله ان رأى ذلك لما يخاف من عونه لا صحابه على المسلمين وأما اذا أسر بعد انقضاء الحرب فان حكمه حكم البدعي الذي لا يدهو الى بدعته قيل يستتاب فان تاب والاقتل وقيل يستتاب فان لم يتب يؤدب ولا يقتل وأكثر أهل البدع انما يكفرون بالمآل واختلف قول مالك في التكفير بالمآل ومعنى التكفير بالمآل انهم لا يصرحون بقول هو كافر ولكن يصرحون بأقوال يلزم عنها الكفر وهم لا يعتقدون ذلك للزوم وأما ما يلزم هؤلاء من الحقوق اذا ظفر بهم فحكمهم اذا تابوا ان لا يقام عليهم حد الحاربة ولا يؤخذ منهم ما أخنوا من المال الا أن يوجد بيده فبره الى ربه وانما اختلفوا هل يقتل قصاصا بمن قتل فقبل يقتل وهو قول عطاء واصبغ وقال مطرف وابن الماجشون عن مالك لا يقتل وبه قال الجمهور لأن كل من قاتل على التأويل فليس بكافر بته أصله قتال الصحابة وكذلك الكافر بالحقيقة هو المكنب لا المتأول

﴿ باب في حكم المرتد ﴾

والمرتد اذا ظفر به قبل أن يحارب فاتفقوا على أنه يقتل الرجل لقوله عليه الصلاة والسلام من بدل دينه فاقتلوه واختلفوا في قتل المرأة وهل تستتاب قبل أن تقتل فقال الجمهور تقتل المرأة وقال أبو حنيفة لا تقتل وشبهها بالكافرة الأصلية والجمهور اعتمدوا العموم الوارد في ذلك وشذ قوم فقالوا تقتل وإن راجعت الاسلام وأما الاستتابة فإن مالك اشترط في قتله ذلك على ما رواه عن عمر وقال قوم لا تقبل توبته وأما إذا حارب المرتد ثم ظهر عليه فإنه يقتل بالحربة ولا يستتاب كانت حرايته بدار الاسلام أو بعد أن لحق بدار الحرب الآن يسلم وأما إذا أسلم المرتد المحارب بعد أن أخذ أو قبل أن يؤخذ فإنه يختلف في حكمه فإن كانت حرايته في دار الحرب فهو عند مالك كالخبري يسلم لا تباعة عليه في شيء مما فعل في حال ارتداده وأما إن كانت حرايته في دار الاسلام فإنه يسقط اسلامه عنه حكم الحربة خاصة وحكمه فيما جنى حكم المرتد إذا جنى في ردة في دار الاسلام ثم أسلم وقد اختلف أصحاب مالك فيه فقال حكمه حكم المرتد من اعتبر يوم الجناية وقال حكمه حكم المسلم من اعتبر يوم الحكم وقد اختلف في هذا الباب في حكم الساحر فقال مالك يقتل كفرا وقال قوم لا يقتل والأصل أن لا يقتل الامع الكفر

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليما ﴾

﴿ كتاب الاقضية ﴾

وأصول هذا الكتاب تنحصر في ستة أبواب أحدها في معرفة من يجوز قضاؤه والثاني في معرفة ما يقضى به والثالث في معرفة ما يقضى فيه والرابع في معرفة من يقضى عليه أولا والخامس في كيفية القضاء والسادس في وقت القضاء

﴿ الباب الأول ﴾

والنظر في هذا الباب فممن يجوز قضاؤه وفما يكون به أفضل فأما الصفات المشترطة في الجواز فإن يكون حرا مسلما بالغا ذكرا عاقلًا عدلا وقد قيل في المذهب أن الفسق يوجب العزل ويمضي ما حكم به واختلفوا في كونه من أهل الاجتهاد فقال الشافعي يجب أن يكون من أهل الاجتهاد ومثله حكي عبد الوهاب عن المذهب وقال أبو حنيفة يجوز حكم العامي قال القاضي وهو ظاهر ما حكاه جدي رجة الله عليه في المقدمات عن المذهب لأنه جعل كون الاجتهاد فيه من الصفات المستحبة وكذلك اختلفوا في اشتراط الذكورة فقال الجمهور هي شرط في صحة الحكم وقال أبو حنيفة يجوز أن تكون المرأة قاضيا في الاموال قال الطبري يجوز أن تكون المرأة حاكما على الاطلاق في كل شيء قال عبد الوهاب ولا أعلم بينهم اختلافا في اشتراط الحرية فمن رد قضاء المرأة شبهه بقضاء الامامة الكبرى وقاسها على العبد لنقصان حرمتها ومن أجاز حكمها في الاموال فنسبها بجواز شهادتها في الاموال ومن رأى حكمها نافذا في كل شيء قال إن الأصل هو أن كل من يتأق منه الفصل بين الناس لحكمه جائز الا مخصصه الاجماع من الامامة الكبرى وأما اشتراط الحرية فلا خلاف فيه ولا خلاف في مذهب مالك أن السمع والبصر والكلام مشترطة في اسقرا ولايته وليست شرطيا في جواز ولايته وذلك ان من صفات القاضي في المذهب ماهي شرط في الجواز فهذا اذا ولى عزل وفسخ جميع ما حكم به ومنها ماهي شرط في الاستقرار وليست شرط في الجواز فهذا اذا ولى القضاء عزل ونفذ ما حكم به الا أن يكون جورا ومن هذا الجنس عندهم هذه

الثلاث صفات ومن شرط القضاء عند مالك أن يكون واحداً والشافعي يجزئ أن يكون في المصرقاضيان
اثنان اذ رسم لكل واحد منهما ما يحكم فيه وإن شرط اتفاقهما في كل حكم لم يجز وإن شرط الاستقلال
لكل واحد منهما فوجهان الجواز والمنع قال وإذا تنازع الخصمان في اختيار أحدهما وجب أن يقرعا
عنده وأما فضائل القضاء فكثيرة وقد ذكرها الناس في كتبهم وقد اختلفوا في الإي هل يجوز أن يكون
قاضيا والابن جوازه لكونه عليه الصلاة والسلام أميا وقال قوم لا يجوز وعن الشافعي القولان جميعا
لأنه يحتمل أن يكون ذلك خاصا به لموضع العجز ولا خلاف في جواز حكم الامام الاعظم وتوليته للقاضي
شرط في صحة قضائه لا خلاف أعرف فيه واختلفوا من هذا الباب في نفوذ حكم من رضىه المتداعيان
عن ليس بوال على الاحكام فقال مالك يجوز وقال الشافعي في أحد قولي لا يجوز وقال أبو حنيفة يجوز
إذا وافق حكمه حكم قاضي البلد

﴿ الباب الثاني ﴾

وأما ما يحكم فاتفقوا أن القاضي يحكم في كل شيء من الحقوق كان حقا لله أو حقا للآدميين وأنه نائب عن
الامام الأعظم في هذا المعنى وأنه يعقد الأنكحة ويقدم الأوصياء وهل يقدم الأئمة في المساجد الجامعة فيه
خلاف وكذلك هل يستخلف فيه خلاف في المرض والسفر إلا أن يؤذن له وليس ينظر في الجبلة ولا في غير
ذلك من الولاية وينظر في التحجير على السفهاء عندهم من يرى التحجير عليهم ومن فروع هذا الباب هل
ما يحكم فيه الحاكم يحمله للمحكوم له به وإن لم يكن في نفسه حلالا وذلك أنهم أجعوا على أن حكم الحاكم
بالمظاهر الذي يعتريه لا يحل حراما ولا يحرم حلالا وذلك في الاموال خاصة لقوله عليه الصلاة والسلام إنما
أنا بشر وانكم تختصمون إلي فليحل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فاقضى له على نحو ما أسمع
منه فمن قضيت له بشيء من حق أخيه فلا يأخذ منه شيئا فائما قطع له قطعة من النار واختلفوا في حل عصمة
النكاح أو عقده بالمظاهر الذي يظن الحاكم أنه حق وليس يحق إذا لا يحل حرام ولا يحرم حلال بظاهر حكم
الحاكم دون أن يكون الباطن كذلك هل يحل ذلك أم لا فقال الجمهور الاموال والفروج في ذلك سواء
لا يحل حكم الحاكم منها حراما ولا يحرم حلالا وذلك مثل أن يشهد شاهدا زورا في امرأة أجنبية أنها زوجة
لرجل أجنبي ليست له بزوجة فقال الجمهور لا تحل له وإن أحلها الحاكم بظاهر الحكم وقال أبو حنيفة
وجهور أصحابه تحل له فعمدة الجمهور وعموم الحديث المتقدم وشبهة الخفية أن الحكم باللعان ثابت بالشروع
وقد علم أن أحد المتلاعنين كاذب واللعان يوجب الفرقة ويحرم المرأة على زوجها الملاعن لها ويحلها لغيره
فإن كان هو الكاذب فلم تحرم عليه إلا بحكم الحاكم وكذلك إن كانت هي الكاذبة لأن زناها لا يوجب
فرقة على قول أكثر الفقهاء والجمهور إن الفرقة هنا إنما وقعت عقوبة للعلم بأن أحدهما كاذب

﴿ الباب الثالث فيما يكون به القضاء ﴾

والقضاء يكون بأربع بالشهادة وباليمين والنكول وبالأقرار أو بما ترك من هذه ففي هذا الباب أربعة

﴿ الفصل الأول في الشهادة ﴾

فصول

والنظر في الشهود في ثلاثة أشياء في الصفة والجنس والعدد فأما عدد الصفات المعبرة في قبول الشاهد بالجملة
فهى خمسة العدالة والبلوغ والاسلام والحرية ونفى التهمة وهذه منها متفق عليها ومنها محتلف فيها

أما العدالة فإن المسلمين اتفقوا على اشتراطها في قبول شهادة الشاهد لقوله تعالى (عن ترضون من الشهداء) ولقوله تعالى (وأشهدوا ذوي عدل منكم) واختلفوا فيما هي العدالة فقال الجمهور هي صفة زائدة على الاسلام وهو أن يكون ملتزماً لواجبات الشرع ومستحجاً بمحتبها للمحرمات والمكروهات وقال أبو حنيفة يكفي في العدالة ظاهر الاسلام وأن لا تطلع منه جرحه وسبب الخلاف كما قلنا ترددهم في مفهوم اسم العدالة المقابلة للفسق وذلك أنهم اتفقوا على أن شهادة الفاسق لا تقبل لقوله تعالى (يأيها الذين آمنوا إن جاءكم فاسق بنبأ) الآية ولم يختلفوا أن الفاسق تقبل شهادته إذا عرفت توبته الا من كان فسقه من قبل القذف فإن أبا حنيفة يقول لا تقبل شهادته وإن تاب والجمهور يقولون تقبل وسبب الخلاف هل يعود الاستثناء في قوله تعالى (ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً) وأولئك هم الفاسقون (الذين تابوا من بعد ذلك) الى أقرب مذكور اليه أو على الجلة الا ما خصه الاجماع وهو أن التوبة لا تسقط عنه الحد وقد تقدم هذا وأما البلوغ فاتفقوا على أنه يشترط حيث نشترط العدالة واختلفوا في شهادة الصبيان بعضهم على بعض في الجراح وفي القتل فردها جمهور فقهاء الأمصار لما قلناه من وقوع الاجماع على أن من شرط الشهادة العدالة ومن شرط العدالة البلوغ ولذلك ليست في الحقيقة شهادة عند مالك وأصحابه قرينة حال ولذلك اشترط فيها أن لا يفرقوا لثلاثين عاماً واختلف أصحاب مالك هل تجوز إذا كان بينهم كبيراً أم لا ولم يختلفوا أنه يشترط فيها العدة المشترطة في الشهادة واختلفوا هل يشترط فيها الذكورة أم لا واختلفوا أيضاً هل تجوز في القتل الواقع بينهم ولا عدة لما لك في هذا إلا أنه مروى عن ابن الزبير قال الشافعي فإذا احتج محتج بهذا قيل له إن ابن عباس فبردها والقرآن يدل على بطلانها وقال بقول مالك ابن أبي ليلى وقوم من التابعين وإجازة مالك لذلك هو من باب إجازة قياس المصلحة * وأما الاسلام فاتفقوا على أنه شرط في القبول وأنه لا يجوز شهادة الكافر الا ما اختلفوا فيه من جواز ذلك في الوصية في السفر لقوله تعالى (يأيها الذين آمنوا آمنوا بشهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم) الآية فقال أبو حنيفة يجوز ذلك على الشروط التي ذكرها الله وقال مالك والشافعي لا يجوز ذلك ورأوا أن الآية منسوخة * وأما الحرية فإن جمهور فقهاء الأمصار على اشتراطها في قبول الشهادة وقال أهل الظاهر يجوز شهادة العبد لأن الأصل انما هو اشتراط العدالة والعبودية ليس لها تأثير في الرد الآن ثبت ذلك من كتاب الله وأسنه وأجماع وكان الجمهور رأوا أن العبودية أثراً أثر الكفر فوجب أن يكون لها تأثير في رد الشهادة * وأما التهمة التي سببها الحجة فإن العلماء أجمعوا على أنها مؤثرة في اسقاط الشهادة واختلفوا في رد شهادة المدل بالتهمة لموضع المحبة أو البغضة التي سببها العداوة الدنيوية فقال بردها فقهاء الأمصار إلا أنهم اتفقوا في مواضع على اعمال التهمة وفي مواضع على اسقاطها وفي مواضع اختلفوا فيها فاعملها بعضهم وأسقطها بعضهم فما اتفقوا عليه رد شهادة الاب لابنه والابن لآبيه وكذلك الام لابنها وابنها وما اختلفوا في تأثير التهمة في شهادتهم شهادة الزوجين أحدهما للآخر فإن مالكا كردها وأبا حنيفة وأجازها الشافعي وأبو ثور والحسن وقال ابن أبي ليلى تقبل شهادة الزوج لزوجته ولا تقبل شهادته له وبه قال النخعي واما اتفقوا على اسقاط التهمة فيه شهادة الأخ لأخيه مالم يدفع بذلك عن نفسه عارا على ما قال مالك ومالم يكن منقطعاً الى أخيه يناله به وصلته ماعدا الاوراعي فإنه

قال لا تجوز ومن هذا الباب اختلافهم في قبول شهادة العدو على عدوه فقال مالك والشافعي لا تقبل وقال أبو حنيفة تقبل فعمدة الجمهور في رد الشهادة بالتهمة ما روى عنه عليه السلام أنه قال لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين وما خرج أبو داود من قوله عليه السلام لا تقبل شهادة بدوى على حضرى لقلة شهود البدوى ما يقع في المصر فهذه هي عمدتهم من طريق السماع وأما من طريق المعنى فلموضع التهمة وقد أجمع الجمهور على تأثيرها في الأحكام الشرعية مثل اجتماعهم على أنه لا يرب القاتل المقتول وعلى توريت المبتوتة في المرض وإن كان فيه خلاف وأما الطائفة الثانية وهم شريح وأبو ثور وداود فانهم قالوا تقبل شهادة الأب لابنه فضلا عن سواء إذا كان الأب عدلا وعمدتهم قوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهادة لله ولوعلى أنفسكم أو الوالدين والأقربين) والأمر بالشئ يقتضى أجزاء المأمور به إلا ما خصه الاجماع من شهادة المرء لنفسه وأما من طريق النظر فان لهم أن يقولوا رد الشهادة بالجللة انما هو لموضع اتهام الكذب وهذه التهمة انما اعطىها الشرع في الفاسق ومنع اعمالها في العادل فلا تجتمع العدالة مع التهمة وأما النظر في العدد والجنس فان المسلمين اتفقوا على أنه لا يثبت الزنا بأقل من أربعة عدول ذكرور واتفقوا على أنه تثبت جميع الحقوق ما عدا الزنا بشاهدين عدلين ذكرين ما خلا الحسن البصرى فانه قال لا تقبل بأقل من أربعة شهداء تشبيها بالرجم وهذا ضعيف لقوله سبحانه (واستشهدوا شهيدين من رجالكم) وكل متفق على أن الحكم يجب بالشاهدين من غير يمين المدعى الابن أبي ليلى فانه قال لا بد من يمينه واتفقوا على أنه تثبت الاموال بشاهد عدل ذكر وامرأتين لقوله تعالى (فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء) واختلفوا في قبولهما في الحدود فالذى عليه الجمهور انه لا تقبل شهادة النساء في الحدود لامر رجل وامرأتين وقال أهل الظاهر تقبل اذا كان معهن رجل وكان النساء أكثر من واحدة في كل شئ على ظاهر الآية وقال أبو حنيفة تقبل في الاموال وفيما عدا الحدود من أحكام الابدان مثل الطلاق والرجعة والنكاح والعقود لا تقبل عند مالك في حكم من أحكام البدن واختلف أصحاب مالك في قبولهن في حقوق الابدان المتعلقة بالمال مثل الوكالات والوصية التي لاتعلق الا بالمال فقط فقال مالك وابن القاسم وابن وهب يقبل فيه شاهد وامرأتان وقال أشهب وابن الماجشون لا يقبل فيه الا رجلان وأما شهادة النساء مفردات أعنى النساء دون الرجال فهي مقبولة عند الجمهور في حقوق الابدان التي لا يطلع عليها الرجال غالبا مثل الولادة والاستهلال وعبوب النساء ولا خلاف في شئ من هذا الا في الرضاع فان أبو حنيفة قال لا تقبل فيه شهادتهن الا مع الرجال لانه عنده من حقوق الابدان التي يطلع عليها الرجال والنساء والذين قالوا بجواز شهادتهن مفردات في هذا الجنس اختلفوا في العدد المشترك في ذلك منه فقال مالك يكتفى في ذلك امرأتان قيل مع انتشار الأمر وقيل وإن لم ينتشر وقال الشافعي ليس يكتفى في ذلك أقل من أربع لان الله عز وجل قد جعل عدل الشاهد الواحد امرأتين واشترط الاثنية وقال قوم لا يكتفى في ذلك بأقل من ثلاث وهو قول لامعنه وأجاز أبو حنيفة شهادة المرأة فيما بين السرة والركبة وأحسب ان الظاهرية أو بعضهم لا يميزون شهادة النساء مفردات في كل شئ كما يميزون شهادتهن مع الرجال في كل شئ وهو الظاهر وأما شهادة المرأة الواحدة بالرضاع فانهم أيضا اختلفوا فيها لقوله عليه السلام في المرأة الواحدة التي شهدت بالرضاع كيف وقد أرضعتكما

وهذا ظاهره الانكار ولذلك لم يختلف قول مالك في أنه مكروه

﴿ الفصل الثاني ﴾

وأما الايمان فانهم اتفقوا على أنها تبطل بها الدعوى عن المدعى عليه اذ لم تكن للمدعى بينة واختلقوا هل يثبت بها حق للمدعى فقال مالك ثبت بها حق المدعى في اثبات ما أنكره المدعى عليه وابطال ما ثبت عليه من الحقوق اذا ادعى الذي ثبت عليه اسقاطه في الموضع الذي يكون المدعى أقوى سببا وشبهة من المدعى عليه وقال غيره لا تثبت للمدعى باليمين دعوى سواء كانت في اسقاط حق عن نفسه قد ثبت عليه أو إثبات حق أنكره فيه خصمه وسبب اختلافهم ترددهم في مفهوم قوله عليه السلام البينة على من ادعى واليمين على من أنكر هل ذلك عام في كل مدعى عليه ومدعى أم انما يخص المدعى بالبينة والمدعى عليه باليمين لأن المدعى في الأكثر هو أضعف شبهة من المدعى عليه والمدعى عليه بخلافه فن قال هذا الحكم عام في كل مدعى ومدعى عليه ولم يرد هذا العموم خصوصا قال لا يثبت باليمين حق ولا يسقط به حق ثبت ومن قال انما يخص المدعى عليه بهذا الحكم من جهة ما هو أقوى شبهة قال اذا اتفق أن يكون موضع تكون فيه شبهة للمدعى أقوى يكون القول قوله واحتج هؤلاء بالمواضع التي اتفق الجمهور فيها على أن القول فيها قول المدعى مع يمينه مثل دعوى التلف في الوديعة وغير ذلك ان وجد شيء بهذه الصفة ولأولئك أن يقولوا الأصل ما ذكرنا الا ما خصه الاتفاق وكلهم مجمعون على ان اليمين التي تسقط الدعوى أو تثبتها هي اليمين بالله الذي لا اله الا هو وأقاويل فقهاء الأمصار في صفتها متقاربة وهي عند مالك بالله الذي لا اله الا هو لا يزيد عليها ويزيد الشافعي الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية وأما هل تغلظ بالمكان فانهم اختلفوا في ذلك فذهب مالك الى أنها تغلظ بالمكان وذلك في قسر خصوص وكذلك الشافعي واختلفوا في القدر فقال مالك ان من ادعى عليه بثلاثة دراهم فصاعدا وجبت عليه اليمين في المسجد الجامع فان كان مسجد النبي عليه الصلاة والسلام فلا خلاف أنه يحلف على المنبر وإن كان في غيره من المساجد ففي ذلك روايتان احدهما حيث اتفق من المسجد والأخرى عند المنبر وروى عنه ابن القاسم انه يحلف فيها له بال في الجامع ولم يحدد وقال الشافعي يحلف في المدينة عند المنبر وفي مكة بين الركن والمقام وكذلك عنده في كل بلد يحلف عند المنبر والنصاب عنده في ذلك عشرون دينارا وقال داود يحلف على المنبر في القليل والكثير وقال أبو حنيفة لا تغلظ اليمين بالمكان وسبب اختلاف هل التغلظ الوارد في الحلف على منبر النبي صلى الله عليه وسلم يفهم منه وجوب الحلف على المنبر أم لا فن قال انه يفهم منه ذلك قال لأنه لو لم يفهم منه ذلك لم يكن للتغليظ في ذلك معنى ومن قال للتغليظ معنى غير الحكم بوجوب اليمين على المنبر قال لا يجب الحلف على المنبر والحديث الوارد في التغليظ هو حديث جابر بن عبد الله الانصاري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من حلف على منبري آثما بؤا مقعدة من النار واحتج هؤلاء بالعمل فقالوا هو عمل الخلفاء قال الشافعي لم يزل عليه العمل بالمدينة وبكة قالوا لو كان التغليظ لا يفهم منه إيجاب اليمين في الموضع المغلظ لم يكن له فائدة الاتجنب اليمين في ذلك الموضع قالوا وكما أن التغلظ الوارد في اليمين مجردا مثل قوله عليه الصلاة والسلام من اقتطع حق امرئ مسلم بيمينه حرم الله عليه الجنة وأوجب له النار يفهم منه وجوب القضاء باليمين كذلك التغليظ الوارد في المكان وقال الفرقي الآخر

لا يفهم من التغليب باليمين وجوب الحكم باليمين ، وإذا لم يفهم من تغليب اليمين وجوب الحكم باليمين لم يفهم من تغليب اليمين بالمكان وجوب اليمين بالمكان وليس فيه اجماع من الصحابة والاختلاف فيه مفهوم من قضية زيد بن ثابت وتغلب بالمكان عندما ملك في القسامة واللعان وكذلك بالزمان لأنه قال في اللعان أن يكون بعد صلاة العصر على ملأه في التغليب فمن حلف بعد العصر وأما القضاء باليمين مع الشاهد فانهم اختلفوا فيه فقال مالك والشافعي وأحمد وداود وأبو ثور والفقهاء السبعة المديون وجاعة يقضى باليمين مع الشاهد في الأموال وقال أبو حنيفة والثوري والاوزاعي وجهور أهل العراق لا يقضى باليمين مع الشاهد في شيء وبه قال الليث من أصحاب مالك وسبب الخلاف في هذا الباب تعارض السماع أما القائلون به فانهم تعلقوا في ذلك بأن كثرة منها حديث ابن عباس وحديث أبي هريرة وحديث زيد بن ثابت وحديث جابر الأن الذي خرج مسلم منها حديث ابن عباس ولقظه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى باليمين مع الشاهد خرجه مسلم ولم يخرج البخاري وأما مالك فأنما اعقد مرسله في ذلك عن جعفر بن محمد عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى باليمين مع الشاهد لان العمل عنده بالمراسيل واجب وأما السماع فالتخالف لها فقوله تعالى (فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء) قالوا وهذا يقتضي الحصر فالزيادة عليه نسخ ولا يفسخ القرآن بالسنة الغير متواترة وعند المخالف أنه ليس بنسخ بل زيادة لا تغير حكم المزيدي وأما من السنة فخرجه البخاري ومسلم عن الأشعث بن قيس قال كان يبنى وبين رجل خصومة في شيء فاختصمنا إلى النبي عليه الصلاة والسلام فقال شاهدك أو يمينه فقلت إذا يحلف ولا يبالى فقال النبي صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين بقطع به مال امرئ مسلم هو فيها فاجر لقي الله وهو عليه غضبان قالوا فإذ مانعه عليه الصلاة والسلام حصر للحكم ونقض لحجة كل واحد من الخصمين ولا يجوز عليه صلى الله عليه وسلم ألا يستوفي أقسام الحجج للمدعى والذين قالوا باليمين مع الشاهد هم على أصلهم في أن اليمين هي حجة أقوى المتداعيين شبهة وقد قوت بها حجة المدعى بالشاهد كما قوت في القسامة وهؤلاء اختلفوا في القضاء باليمين مع المرأتين فقال مالك يجوز لان المرأتين قدا فحينما مقام الواحد وقال الشافعي لا يجوز له لانه إنما أقيمت مقام الواحد مع الشاهد الواحد لا مفردة ولا مع غيره وهل يقضى باليمين في الحدود التي هي حق للناس مثل القذف والجراح فيه قولان في المذهب

الفصل الثالث

وأما ثبوت الحق على المدعى عليه بنكوله فإن الفقهاء أيضا اختلفوا في ذلك فقال مالك والشافعي وفقهاء أهل الحجاز وطائفة من العراقيين إذا نكل المدعى عليه لم يجب للمدعى شيء بنفس النكول إلا أن يحلف المدعى أو يكون له شاهد واحد وقال أبو حنيفة وأصحابه وجهور الكوفيين يقضى للمدعى على المدعى عليه بنفس النكول وذلك في المال بعد أن يكرر عليه اليمين ثلاثا وقلب اليمين عندما ملك يكون في الموضع الذي يقبل فيه شاهد وامرأتان وشاهد ويمين وقلب اليمين عند الشافعي يكون في كل موضع يجب فيه اليمين وقال ابن أبي ليلى أردھا في غير التهمة ولا أردھا في التهمة وعندما ملك في يمين التهمة هل تنقلب أم لا قولان فعمدة من رأى أن تنقلب اليمين ما رواه مالك من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رد في القسامة اليمين على اليهود بعد أن بدأ بالانصار ومن حجة مالك أن الحقوق عنده إنما تثبت بشيئين أما يمين وشاهد

واما بشكول وشاهد واما بشكول وعين أصل ذلك عنده اشتراط الاثنية في الشهادة وليس يقضى عند الشافعي بشاهد وشكول وعمدة من قضى بالشكول أن الشهادة لما كانت لاثبات الدعوى واليمين لا بطلانها وجب ان نكل عن اليمين أن نحكي عليه الدعوى قالوا وأما نقلها من المدعى عليه الى المدعى فهو خلاف النص لان اليمين قد نص على أنها دلالة المدعى عليه فهذه أصول الحجج التي يقضى بها القاضي وما اتفقوا عليه في هذا الباب انه يقضى بالقاضي بوصول كاتب قاض آخر اليه لكن هذا عند الجمهور مع اقتران الشهادة به أعني اذا أشهد القاضي الذي ثبت عنده الحكم شاهدين عدلين أن الحكم ثابت عنده أعني المكتوب في الكتاب الذي أرسله الى القاضي الثاني فشهدا عند القاضي الثاني انه كتابه وانه أشهدهم بشيئيه وقد قيل انه يكتب في بخط القاضي وانه كان به العمل الأول واختلف مالك والشافعي وأبو حنيفة أن أشهدهم على الكتابة ولم يقرأ عليهم فقال مالك يجوز وقال الشافعي وأبو حنيفة لا يجوز ولا تصح الشهادة واختلفوا في العفاص والوكاه هل يقضى به في اللقطة دون شهادة أم لا بد في ذلك من شهادة فقال مالك يقضى بذلك وقال الشافعي لا بد من الشاهدين وكذلك قال أبو حنيفة وقول مالك هو أجرى على نص الأحاديث وقول الغير أجرى على الأصول وعما اختلفوا فيه من هذا الباب قضاء القاضي بعلمه وذلك ان العلماء أجمعوا على ان القاضي يقضى بعلمه في التعديل والتجريح وانه اذا شهد الشهود بضد علمه لم يقض به وانه يقضى بعلمه في اقرار الخصم وانكاره الا ما لك فانه رأى أن يحضر القاضي شاهدين لاقرار الخصم وانكاره وكذلك أجمعوا على أنه يقضى بعلمه في تغليب حجة أحد الخصمين على حجة الآخر اذ لم يكن في ذلك خلاف واختلفوا اذا كان في المسئلة خلاف فقال قوم لا يرد حكمه اذ لم يخرق الاجماع وقال قوم اذا كان شاذا وقال قوم رد اذا كان حكما بقياس وهناك سماع من كتاب أو سنة تخالف القياس وهو الاعدل الآن يكون القياس تشبهه الأصول والكتاب محتمل والسنة غير متواترة وهذا هو الوجه الذي ينبغي أن يحمل عليه من غلب القياس من الفقهاء في موضع من المواضع على الأثر مثل ما ينسب الى أبي حنيفة باتفاق والى مالك باختلاف واختلفوا هل يقضى بعلمه على أحد دون يمينه وأقرار أولا يقضى الا بالدليل والاقرار فقال مالك وأكثر أصحابه لا يقضى الا بالبينات أو الاقرار وبه قال أحمد وشريح وقال الشافعي والكوفي وأبو ثور وجاعة للقاضي أن يقضى بعلمه ولكلا الطائفتين سلف من الصحابة والتابعين وكل واحد منهما اعتد في قوله السماع والنظر أما عمدة الطائفة التي منعت من ذلك فمنها حديث معمر عن الزهري عن عروة عن عائشة أن النبي صلى الله عليه وسلم بعث أبا جهل على صدقة فلاحاه رجل في فرضة فوقع بينهما شجاج فأتوا النبي صلى الله عليه وسلم فأخبروه فأعطاهم الأرض ثم قال عليه الصلاة والسلام اتى خاطب الناس ومخبرهم أنكم قد رضيت أرضهم قالوا نعم فصعد رسول الله صلى الله عليه وسلم المنبر فخطب الناس وذكر القصة وقال أرضيتهم قالوا لا فهم بهم المهاجرون فزل رسول الله صلى الله عليه وسلم فأعطاهم ثم صعد المنبر فخطب ثم قال أرضيتهم قالوا نعم قال فهذا بين في أنه لم يحكم عليهم بعلمه صلى الله عليه وسلم وأما من جهة المعنى فالتهمة اللاحقة في ذلك للقاضي وقد أجمعوا ان التهمة تأثيرا في الشرع منها أنه لا يثبت القاتل عمدا عند الجمهور من قتله ومنه اردهم شهادة الأب لابنه وغير ذلك مما هو معلوم من جمهور الفقهاء وأما عمدة من أجاز ذلك أمامن طريق السماع فحديث عائشة في قصة

هند بنت عتبة بن ربيعة مع زوجها أبي سفيان بن حرب حين قال طاعليه الصلاة والسلام وقد سكنت
 بأسفيان خذني ما يكفيك ولعلك بالمعروف دون أن يسمع قول خصمها وأما من طريق المعنى
 فإنه إذا كان له أن يحكم بقول الشاهد الذي هو مظلون في حقه فأحرى أن يحكم بما هو عنده يقين وخصص
 أبو حنيفة وأصحابه ما يحكم فيه الحاكم بعلمه فقالوا لا يقضى بعلمه في الحدود ويقضى في غير ذلك وخصص
 أيضا أبو حنيفة العلم الذي يقضى به فقال يقضى بعلمه الذي علمه في القضاء ولا يقضى بما علمه قبل القضاء
 وروى عن عمر أنه قضى بعلمه على أبي سفيان لرجل من بني مخزوم وقال بعض أصحاب مالك يقضى بعلمه
 في المجلس أعني بما يسمع وإن لم يشهد عنده بذلك وهو قول الجمهور كما قلنا وقول المغيرة هو أجرى على
 الأصول لأن الأصل في هذه الشريعة لا يقضى بدليل (٧) وإن كانت غلبة الظن الواقعة به أقوى من الظن
 الواقع بصدق الشاهدین

﴿ الفصل الرابع في الاقرار ﴾

وأما الاقرار إذا كان بينا فلا خلاف في وجوب الحكم به وأما النظر فممن يجوز اقراره ممن لا يجوز
 وإذا كان الاقرار عملاً وقع الخلاف أمان من يجوز اقراره ممن لا يجوز فقد تقدم وأما عند الاقرارات
 الموجبة فقد تقدم في باب الحدود ولا خلاف بينهم أن الاقرار مرة واحدة عاملة في المال وأما المسائل التي
 اختلفوا فيها من ذلك فهي من قبل احتمال اللفظ وأنت إن أحببت أن تقف عليه فمن كتاب الفروع

﴿ الباب الرابع ﴾

وأما على من يقضى ولم يقضى فإن الفقهاء اتفقوا على أنه يقضى لمن ليس بتم عليه واختلفوا في فضائه
 لمن يتم عليه فقال مالك لا يجوز فضائه على من لا تجوز عليه شهادته وقال قوم يجوز لأن القضاء يكون
 بأسباب معلومة وليس كذلك الشهادة وأما على من يقضى فانهم اتفقوا على أنه يقضى على المسلم الحاضر
 واختلفوا في الغائب وفي القضاء على أهل الكتاب فأما القضاء على الغائب فإن مالكا والشافعي قال لا يقضى
 على الغائب البعيد الغيبة وقال أبو حنيفة لا يقضى على الغائب أصلاً وبه قال ابن الماجشون وقد قيل
 عن مالك لا يقضى في الزباغ المستحقة فعمدة من رأى القضاء حديث هند المتقدم ولا حجة فيه لأنه لم يكن
 غائباً عن المصر وعمدة من لم ير القضاء قوله عليه الصلاة والسلام فائماً قضى له بحسب ما أسمع ومارواه
 أبو داود وغيره عن علي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال له حين أرسله إلى اليمن لا تقض لأحد الخصمين
 حتى تسمع من الآخر وأما الحكم على الذي فإن في ذلك ثلاثة أقوال أحدها أنه يقضى بينهم إذا توافوا
 إليه بحكم المسلمين وهو مذهب أبي حنيفة والثاني أنه مخير وبه قال مالك وعن الشافعي القولان والثالث
 أنه واجب على الإمام أن يحكم بينهم وإن لم يتحاكموا إليه فعمدة من اشترط بحبيثهم للحاكم قوله تعالى
 (فإن جاؤك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم) وبهذا تمسك من رأى الاختيار ومن أوجب انعقد قوله تعالى
 (وإن احكم بينهم) ورأى أن هذا ناسخ لآية التخيير وأمان رأى وجوب الحكم عليهم وإن لم يترافعوا
 فإنه احتج بإجاعتهم على أن الذي إذا سرق قطعت يده

﴿ الباب الخامس ﴾

وأما كيف يقضى القاضي فانهم أجمعوا على أنه واجب عليه أن يسوي بين الخصمين في المجلس ولا يسمع

من أحدهما دون الآخر وإن يبدأ بالمدعى فيسأله البيعة أن أنكر المدعى عليه وإن لم يكن له بيعة فإن كان في مال وجبت اليمين على المدعى عليه باتفاق وإن كانت في طلاق أو نكاح أو قتل وجبت عند الشافعي بمجرد الدعوى وقال مالك لا تجب إلا مع شاهد وإذا كان في المال فهل يحلف المدعى عليه بنفس الدعوى أم لا يحلفه حتى يثبت المدعى الخلطة اختلفوا في ذلك فقال جمهور فقهاء الأمصار اليمين تلزم المدعى عليه بنفس الدعوى لعموم قوله عليه الصلاة والسلام من حديث ابن عباس البيعة على المدعى واليمين على المدعى عليه وقال مالك لا تجب اليمين إلا بالخلطة وقال بها السبعة من فقهاء المدينة وعمدة من قال بها النظر إلى المصلحة لكيلا يتطرق للناس بالدعوى إلى تعنت بعضهم بعضا وإذا به بعضهم بعضا ومن هنالك بر مالك أحلاف المرأة زوجها إذا ادعت عليه الطلاق الآن يكون معها شاهد وكذلك أحلاف العبد سيده في دعوى العتق عليه والسعوى لا تخلو أن تكون في شيء في التهمة أو في شيء بعينه فإن كانت في التهمة فادعى المدعى عليه البراءة من تلك الدعوى وإن له بيعة سمعت منه بيعة باتفاق وكذلك إن كان اختلاف في عقد وقع في عين مثل بيع أو غير ذلك وأما إن كانت الدعوى في عين وهو الذي يسمى استحقاقا فهم اختلفوا هل تسمع بيعة المدعى عليه فقال أبو حنيفة لا تسمع بيعة المدعى عليه إلا في النكاح وما لا يتكرر وقال غيره لا تسمع في شيء وقال مالك والشافعي تسمع أعني في أن يشهد للمدعى بيعة المدعى عليه أنه مال له وملك فعمدة من قال لا تسمع أن الشرع قد جعل البيعة في حيز المدعى واليمين في حيز المدعى عليه فوجب أن لا ينقلب الأمر وكان ذلك عندهما عبادة وسبب اختلاف هل تفيد بيعة المدعى عليه معنى زائد على كون الشيء للمدعى فيه موجودا أيده أم ليست تفيد ذلك فن قال لا تفيد معنى زائدا قال لا معنى لها ومن قال تفيد اعتبارها فإذا قلنا باعتبار بيعة المدعى عليه فوقع التعارض بين البيعتين ولم تثبت أحدهما أمران إذا مما لا يمكن أن يتكرر في ملك ذي الملك فالحكم عندهما أن يقضى بأعدل البيعتين ولا يعتبر إلا كثر وقال أبو حنيفة بيعة المدعى أولى على أصله ولا ترجع عنده بالعدالة كما لا ترجع عند مالك بالعدد وقال الأوزاعي ترجع بالعدد وإذا تساوت في العدد فالعدل عند مالك كلا بيعة يحلف المدعى عليه فإن نكل حلف المدعى ووجب الحق لأن يد المدعى عليه شاهدة له ولذلك جعل دليلا أضعف الدليلين أعني اليمين وأما إذا أقر الخصم فإن كان المدعى فيه عينيا فلا خلاف أنه يدفع إلى مدعيه وأما إذا كان مالا في التهمة فإنه يكلف المقر غرضه فإن ادعى العتق حبسه القاضي عند مالك حتى يبين عدمه أما بطول السجن أو بالبيعة إن كان متهما فإذا لاح عسره حلى سبيله لقوله تعالى (وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة) وقال قوم يؤاخره وبه قال أحمد وروى عن عمر بن عبد العزيز وحكي عن أبي حنيفة أن لغرضه أن يدور وأمه حيث دار ولا خلاف أن البيعة إذا أخرجها المدعى عليه أن الحكم يسقط إذا كان التراجع قبل الحكم وإن كان بعد الحكم لم ينتقض عند مالك وقال الشافعي ينتقض وأما إن رجعت البيعة عن الشهادة فلا تخلو أن يكون ذلك قبل الحكم أو بعده فإن كان قبل الحكم فالأكثر أن الحكم لا يثبت وقال بعض الناس يثبت وإن كان بعد الحكم فقال مالك يثبت الحكم وقال غيره لا يثبت الحكم وعند مالك أن الشهود يضمنون ما تلفوا بشهادتهم فإن كان مالا ضمنوه على كل حال قال عبد الملك لا يضمنون في الغلط وقال الشافعي لا يضمنون المال وإن كان دما فإن ادعوا الغلط ضمنوا الدية وإن أقروا أقيد منهم على قول أشهب ولم يقتص منهم على قول ابن القاسم

وأما متى يقضى فنها يرجع الى حال القاضى فى نفسه ومنها ما يرجع الى وقت انفاذ الحكم وفصله ومنها ما يرجع الى وقت توقيف المدعى فيه وازالة اليد عنه اذا كان عينا فاما متى يقضى القاضى فاذا لم يكن مشغول النفس لقوله عليه الصلاة والسلام لا يقضى القاضى حين يقضى وهو غضبان ومثل هذا عند مالك ان يكون عطشانا أو جائعا أو غائفا أو غير ذلك من العوارض التى تعوقه عن الفهم لكن اذا قضى فى حال من هذه الاحوال بالصواب فانفقوا فيما أعلم على انه ينفذ حكمه ويحتمل ان يقال لا ينفذ فيما وقع عليه النص وهو الغضبان لان النهى يدل على فساد النهى عنه وأما متى ينفذ الحكم عليه فبعد ضرب الأجل والاعذار اليه ومعنى نفوذ هذا هو ان يحق حجة المدعى أو يدحضها وهل له ان يسمع حجة بعد الحكم فيه اختلاف من قول مالك والاشهر انه يسمع فيما كان حقا لله مثل الاحباس والعقوب ولا يسمع فى غير ذلك وقيل لا يسمع بعد نفوذ الحكم وهو الذى يسمى التجيز قيل لا يسمع منها جميعا وقيل بالفرق بين المدعى والمدعى عليه وهو اذا أقر بالهجز وأما وقت التوقيف فهو عند الثبوت وقبل الاعذار واذا لم يرد الى استحقاق الشيء من يده ان يخاصم فله ان يرجع ثمنه على البائع وان كان يحتاج الى رجوعه به على البائع ان يوافقه عليه فيثبت شراءه منه ان أنكره أو يعترف به ان أقر فالمدعى المستحق من يده ان يأخذ الشيء من المستحق ويترك قيمته بيد المستحق وقال الشافعى يشترى به منه فان عطب فى يد المستحق فهو ضامن له وان عطب فى أثناء الحكم ممن ضمانه اختلف فى ذلك فقيل ان عطب بعد الثبات فضمانه من المستحق وقيل انما يضمن المستحق بعد الحكم وأما بعد الثبات وقبل الحكم فهو من المستحق منه قال القاضى رضى الله عنه وينبى أن تعلم ان الاحكام الشرعية تنقسم قسمين قسم يقضى به الحكم وجعل ما ذكرناه فى هذا الكتاب هو داخل فى هذا القسم وقسم لا يقضى به الحكم وهذا أكثره هو داخل فى المندوب اليه وهذا الجنس من الاحكام هو مثل رد السلام وتسميت العاطس وغير ذلك مما يذكره الفقهاء فى آخر كتبهم التى يعرفونها بالجوامع ونحن فقد رأينا ان ذلك أيضا من هذا الجنس المشهور منه ان شاء الله تعالى وينبى قبل هذا ان تعلم ان السنن المشروعة العملية المقصود منها هو الفضائل النفسانية فنها يرجع الى تعظيم من بحب تعظيمه وشكر من بحب شكره وفى هذا الجنس تدخل العبادات وهذه هى السنن الكرامية ومنها ما يرجع الى الفضيلة التى تسمى عفة وهذه صنفان للسنن الواردة فى المطعم والشرب والسنن الواردة فى المناكح ومنها ما يرجع الى طلب العدل والكف عن الجور فهذه هى أجناس السنن التى تقتضى العدل فى الاموال والتى تقتضى العدل فى الابدان وفى هذا الجنس يدخل القصاص والحروب والعقوبات لان هذه كلها انما يطلب بها العدل ومنها السنن الواردة فى الاعراض ومنها السنن الواردة فى جميع الاموال وتقويمها وهى التى يقصد بها طلب الفضيلة التى تسمى السخاء وتجنب الرذيلة التى تسمى البخل والزكاة تدخل فى هذا الباب من وجه وتدخل أيضا فى باب الاشتراك فى الاموال وكذلك الامر فى الصدقات ومنها سنن واردة فى الاجتماع الذى هو شرط فى حياة الانسان وحفظ فضائله العملية والعلمية وهى المعبر عنها بالرياسة ولذلك لزم أيضا أن تكون سنن الأئمة والقوام بالدين ومن السنة المهمة فى حين الاجتماع السنن الواردة فى المحبة والبغضة والتعاون على اقامة هذه السنن وهو الذى يسمى النهى

عن المنكر والأمر بالمعروف وهي المحبة والبغضة أى الدينية التي تكون امامن قبل الاخلال بهذه السنن وامامن قبل سوء المعتقد في الشريعة وأكثرا ما يذكر الفقهاء في الجوامع من كتبهم ما شذ عن الأجناس الاربعة التي هي فضيلة العفة وفضيلة العدل وفضيلة الشجاعة وفضيلة السخاء والعبادة التي هي كالشروط في تثبيت هذه الفضائل كل كتاب الاقضية وبكمال كل جميع الديوان والجليلة كثيرا على ذلك كما هو أهله

يقول راجي غفران المساوي رئيس لجنة التصحيح بمطبعة دار الكتب العربية الكبرى بمصر

محمد الزهري الغمراوي

نحمدك اللهم على ما مننت من تيسير فهم شريعتك وفتح أبواب فضلك لمن اختصصته بمنحك من خليقتك ونصلي ونسلم على خاتم أنبيائك المنزل عليه كريم كلامك والموهوب منك أنوار هدايتك وتبيان آياتك وعلى آله المطهرين من دنس النفوس ومساوي الأخلاق وأصحابه أولى الفضائل التي عمت الآفاق (أما بعد) فقدمت بحمدته تعالى طبع كتاب بداية المجتهد ونهاية المقتصد وهو الكتاب الذي حاز قصبات السبق في توجيه أفهام المجتهدين من الأمة الإسلامية وبيان مستنداتهم من كلام الله وسنة رسوله محمد خير البرية بطريقة بعثت عن التعصب والمحاباة واعتصمت بالحق وبالأدلة التي تزيل الاشتباه فكان كالمحاكيات بين تلك الانظار الكريمة وكالمراجيع يصعد بقارئه إلى سماء هانيك الأفهام ومشاركتها فيما تعز به القيمة فله من اسمها كبر نصيب ومن المحاسن كل لطيف غريب عز مغزاه فغطمت فوائده وصفت مياه محاسنه فلطفت مصادره وموارده فهو لنصوص الشريعة البحر ولكن أبحاره الجواهر والدرر والمحاسن سماء ولكن زينت بالآيات والأحاديث الغرر وكيف لا وهو من نسيج الامام الكبير والعلم الشهير فيلسوف الاسلام وفقه الحكماء الكرام من جمع بين الشريعة وعالم الاوائل وحاز القبح المعلي في دقة الانظار وتهذيب الدلائل العلامة الحافظ محمد بن أحمد الشهير بحفيد ابن رشد رحمه الله وأتابه رضاه ولما بزغت شمس هذا الكتاب في الآفاق وتحلت من النظار بمشاهدة سطوره الأماق ارتاحت اليه نفوس الفضلاء ورغبت في استطلاع أنواره أرواح العلماء فحين شرع في استعادة طبعه استحضرت (شركة دار الكتب العربية الكبرى) مجلة نسخ لتصحيحه وحسن تنقيحه وحسن صياغتها على العناية بدقة تصحيح الكتاب كما هو بدأها في بذل اللمة في تصحيح كتبها وحسن وضعها المستطاب استحضرت بعد الشروع في الطبع بسبعة ملازم نسخة المفضل الكامل صاحب العزة أحمد بك تيمور حفظه الله خازن الكتاب من الدقة في التصحيح ما بمحمد مرآة ونستلذه نفس الفاضل اذا امتع النظر

برؤياه وكان تمام طبعه في صفر الخير سنة ١٣٣٥ هجرية بمطبعة

دار الكتب العربية الكبرى بمصر التي حازت من الدقة

والعناية ما يفوق الحصر وصلى الله على

سيدنا محمد أفضل الصلاة

وآلهم العيبة

آمين



﴿وعند تمام طبعه الأول قرظه حضرة الأديب الأستاذ الشيخ محمد جدعرفة بهذه الكلمة
فأجبنا اثباتها في هذا المكان حرصاً على محاسنها ونشراً لعلو مكانتها وهي﴾

إلى الحكيم الراقدي جدته الهادي بمضجعه تحفه مسحة من النور الالهي وعليه حارس من المهابة وسياج
من الاجلال * أهدي غايات من الدعوات واسقطره وإيلا من صيب الرجات لله أنت أيها الروح
الخالدة العائدة إلى محلها الأرفع فقد هبطت علينا من عالمك العالي وطلعت علينا طلوع القمر على خابط
ليل ضل السبيل وغاثه الدليل طلعت والهدى فكنت كالغيث أصاب أرضاً قابلة فأنبئت الكلا
والعشب وأصاب منها الكثير * أمت فينا ما شاء الله أن تقوى وخلفت لك آثاراً جعلت لك مقعد صدق
في كل نفس ثم عدت سيرتك الأولى * بسم الله مجراك ومرساك وطاوعك ومأواك وتأويبك
ومسراك أي جو حواك وأي آمل وسعتك وأي جسم تحمل ما ترومين

وإذا كانت النفوس كبارا * تعبت في مرادها الأجسام

بيننا نراك بين يدي فينا غورس وأرسلو قد حنت عليك الحكمة وأرضعتك أفوايقها وأعلتكت درها
وانهلتك خيرها فلا يظن أنك تعلمين غيرها إذا أنت وقد وضعتك الشريعة بين الحشا والقواد وسهلت
لك خزونها ووردت منها لعدا زاسر أعابيه وسائفا شرابه وهذا كتابك قد خالط أجزاء النفس وهش
إليه الحس فهو الحق لأنه حكم قد ضمن السر لأنه كلم

أزّه في رياض العلم نفسى * وأغمدوني مسارحها وأمسى
أمتع ناظري فيما حوته * وأقطب زهره من كل غرس
وأحسن من كؤوس الراح عندي * ومن خد الأطباء خلود طرس
وقد ردت الرياض فشمّت روضا * به قد غبت عن نفسي وحسى
كأنّ خلال أسطره بحارا * تدفق بالمعارف بعد رمسى
كتاب حاكمه فكر (ابن رشد) * وأخرج آية في كل درس
ومزق من ظلام الشك نوبا * كما طرد البجسة ضوء شمس

محمد جدعرفة

Bibliotheca Alexandrina



0410705